



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JESÚS ALBERTO PUENTES CUENCA
Demandado: SEGURIDAD OLÍMPICA LTDA
Radicado No.: 06-2017-00684-01
Tema: EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN- APELACIÓN DEMANDADA
– CONFIRMA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jesús Alberto Puentes Cuenca instauró demanda ordinaria contra Seguridad Olímpica LTDA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral y como consecuencia de ello, se condene a la encartada al pago de cesantía, sus intereses y sanción por la no consignación, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido sin justa causa, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar el 11 de marzo de 2016, mediante un contrato de trabajo por obra o labor determinada, para desempeñar el cargo de guarda de seguridad, devengando un salario de \$1.020.000 y trabajando de forma continua e interrumpida a órdenes de la demandada. Refirió que su empleador le comunicó que el 31 de diciembre de 2016 terminaría el contrato de trabajo. (Expediente digital, PDF. 2017-684 ORDINARIO, págs. 6 a 17).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, mediante Curador Ad Litem se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas. Frente a los supuestos fácticos dijo no constarle y en su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF. 2017-684 ORDINARIO, págs. 92 a 94).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de julio del 2022, en la que la falladora condenó a la encartada a pagar a favor del actor cesantía e intereses a la misma, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas del proceso.

Para los fines que interesan al recurso de apelación se propuso verificar la existencia del contrato de trabajo entre las partes desde el 11 de marzo al 31 de diciembre de 2016 y si hay lugar al pago de las prestaciones reclamadas en la demanda. Con tal propósito y luego del análisis de la documental allegada concluyó que el actor se vinculó con la sociedad demandada dentro de los hitos temporales expuesto, como guarda de seguridad,

por lo que acreditado el vínculo e indemostrado el pago de las obligaciones derivada de tal relación laboral, debía condenar a la enjuiciada su cancelación.

Frente a la excepción de prescripción rememoró los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T., para precisar que la misma no puede ser declarada, ya que el contrato de trabajo feneció el 31 de marzo de 2016 y la demandada fue presentada el 25 de agosto de 2017, esto es, dentro del término de los tres años que regula las citadas disposiciones.

(Expediente digital, audio AUDIENCIA 684-2017 18-07-2022).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la accionada formuló recurso de apelación argumentando que *"de acuerdo a lo expuesto, usted argumenta que no fue, no procedió la excepción de prescripción, sin embargo, ha de tenerse en cuenta que dentro de los argumentos expuestos en el proveído no se tiene en cuenta el artículo 94 del C.G.P., el cual afirma que la parte actora debe notificar a su contraparte dentro del año siguiente, con ello interrumpiría la acción, de lo contrario el término seguiría corriendo, por lo tanto, ruego a los H. Magistrados tener en cuenta el artículo 94 correspondiente a la prescripción, teniendo en cuenta que a la suscrita se le notificó posterior al año de haberse notificado el auto admisorio de la demanda."* (Expediente digital, audio AUDIENCIA 684-2017 18-07-2022).

5. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la enjuiciada 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.

2. Problema Jurídico. Corresponde a la sala dilucidar lo siguiente: ¿El demandante logró interrumpir la prescripción o, por el contrario, como lo sostiene la encartada, se debe declarar probada la excepción de prescripción?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo la juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre Jesús Alberto Puentes Cuenca y Seguridad Olímpica LTDA, modalidad contractual y sus extremos temporales, tampoco la labor que desempeñó al interior de la sociedad enjuiciada y salario devengado. Además, la censura deja fuera del debate en sede de apelación que a la finalización del vínculo laboral adeuda prestaciones sociales, vacaciones e indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

4. Excepción de prescripción. Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual aquella le imputa un desacierto a la sentenciadora de primer grado, considerando que la prescripción operó sobre los derechos reclamados, dado que aquella no fue interrumpida con la presentación de la demanda, en términos del artículo 94 del C.G.P.

Respecto del reproche indicado, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que no le asiste razón a la censura, al atribuirle un desatino a la intelección que llevó a la juez de primer grado al declarar no probada la excepción de prescripción frente a las pretensiones de orden condenatorio, como pasa a explicarse:

Esta Corporación observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la accionada Seguridad Olímpica LTDA propuso dicha excepción al contestar la demanda y

en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

No aparece dentro del expediente que el gestor de la litis haya reclamado a la demandada las acreencias laborales que aquí pretende, por tanto, es claro que la prescripción sólo fue interrumpida con la radicación de la demanda el día **25 de agosto del 2017** (Expediente digital, PDF. 2017-684 ORDINARIO, pág. 1). Bajo tal contexto, es claro que la excepción de prescripción no debe ser declarada probada sobre los derechos reclamados en el libelo demandatorio, tal y con acierto lo dedujo la juzgadora de primer grado, ello en razón a que el vínculo laboral declarado por aquella se extendió hasta el **31 de diciembre de 2016**, sin que en una y otra fecha se haya cumplido el término trienal del que trata las disposiciones que atrás se hicieron alusión.

Entorno a los reproches endilgados por la censura, el Código General del Proceso, prevé en su artículo 94, que con la presentación de la demanda se interrumpe el fenómeno jurídico de la prescripción, siempre que el auto admisorio o mandamiento ejecutivo sea notificado al accionado en el término de un año, pasado ese término, dicha interrupción solo se produce con la notificación de la providencia a quien se pretende notificar.

Empero, debe decirse que la anterior regla de carácter legal encuentra excepción vía interpretación judicial por parte de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha señalado que entre los principios cardinales de todo proceso se deben atender entre muchos otros los de lealtad, probidad y buena fe, los cuales deben ser observados por las partes y jueces. En tal virtud, precisó, que entre la presentación de la demanda y su notificación pueden generarse diversas eventualidades, como por ejemplo la actividad elusiva del demandado o negligencia del propio Juzgador, situaciones que no son imputables a la parte demandante, tampoco pueden redundar en su perjuicio cuando ha actuado diligentemente en el reclamo de sus derechos y ha realizado las acciones necesarias a efecto de lograr la comparecencia al juicio del extremo pasivo de la acción (SL 4712-2021, SL5951-2020, SL3788-2020 y SL8716-2014).

Con fundamento en lo anterior, corresponde a la Sala verificar si en efecto, como lo dice la censura, la juez de primer grado erró al no dar por acreditada la prescripción, en tanto que la misma no fue interrumpida al no haberse notificado el auto admisorio dentro del año siguiente a su notificación al demandante; para lo cual ha decirse que, analizado el plenario en su integridad, se tiene que la presentación de la demanda, como se dijo, lo fue el 25 de agosto del 2017, por manera que a partir de allí si se interrumpió el fenómeno jurídico de la prescripción, pese a haberse dictado auto admisorio de demanda en auto calendario 7 de diciembre del mismo año, que se notificó al demandante por anotación en estado de 11 de diciembre de 2017 (Expediente digital, PDF. 2017-684 ORDINARIO, pág. 31) y se haya enterado de dicho proveído a la encartada a través de Curadora Ad Litem solo hasta 17 de enero de 2020 (Expediente digital, PDF. 2017-684 ORDINARIO, pág. 91); es decir, después de más de dos años y un mes.

Lo anterior, por cuanto atendiendo la excepción de carácter jurisprudencial a la regla expresada en el artículo 94 del CGP, esta Corporación observa que la parte demandante desplegó todas las diligencias tendientes a obtener a la comparecencia al proceso de la demandada, pues a través de memoriales radicados el 19 de enero y 6 de febrero de 2018, allegó la citación y el aviso judicial de que trata los artículos 291 y 292 del C.G.P., que dio lugar, ante la falta de comparecencia de la pasiva, a que mediante proveído del 17 de junio del mismo año se emplazara, de conformidad con lo previsto en el artículo 29

del C.P.T. y de la S.S., y por ende, se hicieran las publicaciones de rigor por el demandante el 8 de agosto de 2018.

Posteriormente, siguiendo el trámite normativo previsto y dada las excusas presentadas por los abogados defensores designados, aceptadas por el juzgado de conocimiento mediante providencias del 6 de septiembre y 4 de diciembre de 2018, 10 de abril y 20 de noviembre de 2019, la Dra. Mónica Parra Casallas, Curadora Ad Litem de la demandada, quien aceptó el encargo, tan solo se notificó del auto admisorio de la demanda el 17 de enero de 2020.

Recuento que demuestra que no fue por negligencia del actor, que la encartada no se notificó dentro del año que demanda el artículo 94 del C.G.P., ni se evidencia que haya obstaculizado el trámite para ese mismo propósito, por el contrario, lo que se verifica es que cumplió con la carga procesal tendiente a lograr la notificación efectiva, sin embargo, debido a las excusas presentadas por los distintos abogados de oficio designados, se impidió que el auto admisorio fuese notificado a la pasiva dentro del año.

En ese orden, la presentación de la demanda que lo fue el 25 de agosto del 2017, si interrumpió el término de prescripción de la acción, toda vez que, aunque no se efectuó la notificación del auto admisorio dentro del término a que alude el art. 94 del C.G.P., tal situación no ocurrió por causas imputables a la parte actora, de allí que sea claro que la A quo no cometió yerro alguno al no declarar la configuración del medio exceptivo propuesto por la llamada a juicio.

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto no operó la prescripción respecto de las pretensiones de índole económico que se indicaron en el escrito de demanda, no otra decisión habrá que adoptarse más que la de confirmar la decisión confutada.

5. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

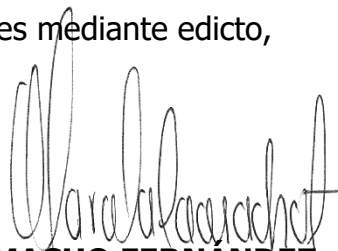
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de julio del 2022, por el Juzgado Sexto 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,

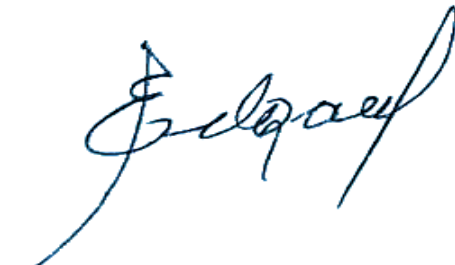


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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: MAURICIO ARANGO AMAYA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 26-2020-00107-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Mauricio Arango Amaya, instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare el vicio del consentimiento en la afiliación suscrita al RAIS, por lo tanto, se anule el formulario de afiliación. En consecuencia, se condene al fondo accionado a trasladar los aportes a Colpensiones junto con sus rendimientos, así mismo, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS desde el 21 de agosto de 1978, realizando traslado a la AFP Porvenir S.A. el 1 de octubre de 2000, dado a que el empleador facilitó la presencia de un asesor, quien entregó información incompleta bajo los argumentos de que el ISS se iba a terminar, de esta forma nunca le entregó un estudio que le permitiera tomar una decisión debidamente informada. (Expediente digital, PDF 001.11001310502620200010700)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 007.NOTIFICACION AGENCIA-20214012007842); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la parte demandante no prueba causal alguna referente a que la afiliación al RAIS sea nula y, por el contrario, esta cumple con presupuestos legales para su existencia. Propuso como excepciones las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestaciones definidas, prescripción, caducidad, inexistencia de causa de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia el pago de costas en instituciones administrativas de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

(Expediente digital, PDF 001.11001310502620200010700)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional del demandante fue completamente válido, conclusión a la que arriba luego de evidencia que aquel no aporta prueba que indique que se dio bajo algún vicio del consentimiento. Preciso que al momento del traslado de régimen le informó sobre las características de los regímenes pensionales. Como excepciones formuló las de falta de integración del contradictorio, prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 001.11001310502620200010700)

3.3. La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público. En auto del 1 de septiembre de 2021, se dispuso su integración como litis consorte necesario por pasiva y en tal carácter, la vinculada presentó escrito de intervención con oposición de las pretensiones de la demanda, aduciendo que el actor se encuentra vinculado al régimen de ahorro individual con solidaridad desde el 25 de agosto de 2000, cuando suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. En su defensa formuló las excepciones de falta de ejercicio de la facultad de regresar al régimen de prima media administrado por Colpensiones, validez y eficacia del traslado de régimen no puede sustentarse en la realización o no de una proyección pensional y prescripción. (Expediente digital, PDF 008. CONTESTACIÓN MIN HACIENDA)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró ineficaz efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Ordenó a esta última que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el actor. Condenó al fondo de pensiones demandado a reintegrar a La Nación - Ministerio de Hacienda y Crédito Público el valor del correspondiente bono pensional debidamente actualizado, junto con las costas del proceso.

Para arribar a tal decisiva indicó que en virtud de lo previsto en los artículos 13, literal B y 271 de la Ley 100 de 1993 y según el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre voluntaria, se debe poner en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez y los beneficios que obtendría, siendo deber de la entidad demostrar que garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad, autonomía y consciente.

Recordó que el Alto Tribunal señala que el simple consentimiento y la firma del formulario de afiliación, es insuficiente para demostrar la asesoría brindada al momento de la suscripción, tampoco da cuenta de que efectivamente recibió una asesoría clara y suficiente sobre las características y diferencias entre uno y otro régimen pensional. Así las cosas, indicó que las pruebas recaudadas evidenciaban que cuando el actor se trasladó al régimen de ahorro individual se plasmó su consentimiento en el formulario afiliación, pero no precedido de una debida información respecto a las características propias de ese régimen. Dedujo que el demandante no recibió información clara, suficiente y oportuna respecto a las características propias del régimen de ahorro individual; razón por la cual debía declarar ineficaz el acto de traslado efectuado por aquel.

5. Impugnación y límites del ad quem. Dentro de la oportunidad procesal pertinente la **AFP Porvenir S.A.** interpuso recurso de apelación señalando que si bien es cierto existe una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos de traslado imputable a las

faltas al deber de información, sin embargo, la misma Corte ha dicho que esa línea resulta aplicable de manera diferenciada según los supuestos fácticos, de tal manera exigiendo similitud que en el presente asunto no se presenta, ya que el actor se afilió de manera válida, libre, voluntaria e informada.

Refirió que no existen razones de hecho y derecho que impliquen la eficacia del traslado, ya que al suscribir el formulario en los términos de ley, manifestó expresamente que no estuvo coaccionado, máxime que durante 20 años no la objeto. En lo relativo a la devolución del rendimiento, dijo que no es coherente declarar la ineficacia en ciertos sentidos y en otros no, la consecuencia jurídica de esa figura es declarar que el negocio jurídico no celebró jamás; se trata de sumas privativas que pondrían al demandante en una condición mejor y diferente a la que tendría en el régimen privado, configurándose una contravención al artículo 897 del Código de Comercio y un enriquecimiento sin justa causa.

En lo que hace a los gastos de administración aludió a que se trata de sumas que tienen una destinación específica por ley, que fue cumplida por el fondo durante su permanencia en el RAIS. Adujo que dado a la figura de restituciones mutuas producto de la ineficacia, el traslado de dinero entre regímenes se hace en los términos del artículo 7º del Decreto 3995 de 2008 en los términos de la Superintendencia Financiera. Dijo que deberá desestimarse la condena en costas en su contra.

6. Alegatos de conclusión

6.1. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por el demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante y la AFP 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, suministro la totalidad de 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la AFP Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la 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 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. 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) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de 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 el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Mauricio Arango Amaya se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 21 de agosto de 1978, realizando cotizaciones hasta el 29 de febrero de 1992, conforme aparece en la historia expedida por Colpensiones (Expediente digital, 004. Expediente Administrativo); quien suscribió formulario con AFP Porvenir S.A. el 25 de agosto de 2000, acorde con el formulario de afiliación (Expediente digital, PDF 001.11001310502620200010700, pág. 184); donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

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 29 de febrero de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1º de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 25 de agosto de 2000, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala 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 1º 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 1º 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 1 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 1 de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 21 de agosto de 1978, 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).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1 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 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 21 de agosto de 1978 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 25 de agosto de 2000 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**”.*

De esta manera, 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 1° 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 y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. 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 y 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. Por último, 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 fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 la postura de las AFP 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de AFP Porvenir S.A., tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

11. Costas en segunda instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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

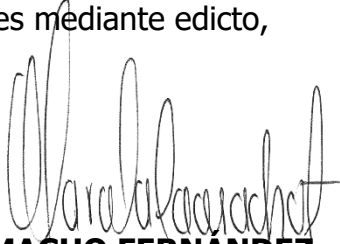
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de junio de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

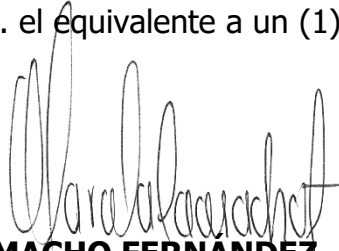

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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 la demandada AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ISTODEMIA MARÍA TORREGROSA GARCÍA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 20-2021-00464-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. GUSTAVO ENRIQUE MARTÍNEZ GONZÁLEZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Istodemia María Torregrosa García instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS efectuada y, en consecuencia, se ordene al fondo accionado traslade el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual, los cobros y gastos de administración. Así mismo, solicitó que Colpensiones acepte su vinculación en el RPMPD y reciba los aportes, rendimientos financieros y devolución de cobros de administración; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que ha laborado y realizado cotizaciones desde el mes de enero de 1982 al ISS, sin embargo, desde el 29 de abril de 2010 suscribió vinculación al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A., sin ningún tipo de asesoría, ni información relacionada con los beneficios, ventajas o desventajas que ofrecía el traslado entre regímenes, tampoco los eventuales riesgos que podía tener tal decisión.

(Expediente electrónico, PDF 01 2021-464 ORD. 1 a 72)

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que la actora se le hubiese hecho incurrido en error o el fondo de pensiones haya omitido con su deber de información; tampoco se evidencia vicio del consentimiento error, fuerza o dolo, ni inconformidad por parte de la

actora, además, porque su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, 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 e innominada. (Expediente electrónico, PDF 07 2021-464 fl 226-295 contestación Colpensiones 05-05-2022)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la actora es válido, por cuanto brindó información pertinente y necesaria, suscribiendo el formulario de afiliación de forma libre y espontánea completamente informada. Refirió que aquella no allegó prueba sumaria de las razones que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación, por lo tanto se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente electrónico, PDF 06 2021-464 fl. 85-225 contestación Porvenir 04-05-2022)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1º de julio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado de regímenes efectuado el 29 de abril de 2010, por tanto, dispuso como aseguradora de la actora para riesgos de invalidez, vejez y muerte a Colpensiones. Así las cosas, ordenó a la AFP Porvenir S.A. devolver los aportes por concepto de cotizaciones obligatorias a pensiones, junto con los rendimientos financieros causados y bonos pensionales, con destino a la entidad pública accionada. Por último, gravó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias SL 1688 1689 y 3464 del 2019. Preciso que la sanción impuesta en el ordenamiento jurídico a una filiación desinformada es la ineficacia, por ello el examen del acto de cambio de régimen pensional por trasgresión del deber de información debe abordarse desde esta institución pública; lo anterior debido a que en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, el legislador consagró de manera expresa que la violación del derecho a la afiliación libre del trabajador es la ineficacia.

En ese sentido, dijo que no suministrarle información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado a un régimen pensional a otro, lleva a la ineficacia del traslado, sin que la simple suscripción del formulario tenga entidad para demostrar que cumplió a cabalidad con dicha obligación. Refirió que corresponde a la AFP que hizo el traslado a llegar las pruebas sobre los datos proporcionados a los afiliados y en los que deben constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional, siendo que en el presente asunto es inexistente.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que se está violando una disposición normativa según la cual una persona que le falten menos de 10 años para llegar a la edad de pensión no puede trasladarse de régimen pensional, sin que para tal efecto sea viable indicar un incumplimiento al deber de información. Esgrimió que la AFP estuvo presta para dar información a la actora, quien pudo acceder a la misma, pues debió ser diligente con el negocio jurídico que había celebrado. Insistió en que el fondo de pensiones cumplió con los requisitos normativos que se exigían para el momento del traslado, esto es, el formulario, mismo que fue suscrito.

Esbozó que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, de allí que tampoco se puede alegar un vicio en la celebración del acto jurídico. Indicó que no puede soportar las condenas, pues es un tercero de buena fe, además, que por mandato constitucional los dineros que maneja pueden ser usados para el pago de mesadas pensionales y no pueden ser utilizados para ningún otro tipo de gastos ni para cancelar costas. Preciso que la nulidad o ineficacia en el traslado, fue culpa de la AFP por no haber brindado la información suficiente, por manera que, de mantenerse la condena, sería premiar a dicha entidad.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que no existió por parte de la AFP prueba documental, a través de la cual se demostrará el suministro de información, en donde se estableciera comparativos de las eventuales mesadas pensionales entre uno y otro régimen, que sus aportes pensionales o su eventual mesada pensional podría disminuir o afectarse si el fondo pensional presentaba perdidas; tampoco reposaba aquella información en donde se le indicaba que su pensión no se media por el valor de su salario, sino por los valores que tuviera ahorrado.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones esgrimió que la demandante no está amparada por el régimen de transición y, por tanto, no puede regresar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo, de manera que debió hacerlo cuando le faltaran más de 10 años para cumplir con el requisito de la edad para adquirir su derecho a la pensión. Indicó que no se encuentra demostrado el vicio del consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el demandante y el fondo privado, 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.

6.3. AFP Porvenir S.A. Señaló como fundamento de sus alegaciones que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. 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 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 actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Istodemia Maria Torregrosa García se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 10 de mayo de 1994 hasta el 31 de mayo de 2010 conforme aparece en la historia expedido por Asofondos; quien se trasladó de régimen a AFP Porvenir S.A. el 29 de abril de 2010, según formulario de afiliación núm. 13719460; donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (Expediente electrónico, PDF 06 2021-464 fl. 85-225 contestación Porvenir 04-05-2022, págs. 32 y 42 a 74)

5. 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 ella sino a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y

suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2010-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

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

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 29 de abril de 2010, el deber de información se enmarca en el segundo periodo, fecha en la cual se exigía, además, de 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; un análisis de su situación pensional, lo que implica asesoría y buen consejo por parte del fondo, traducida en *“el estudio de los antecedentes del afiliado (edad, semanas de cotización, IBC, grupo familiar, etc.), sus datos relevantes y expectativas pensionales, de modo que la decisión del afiliado conjugue un conocimiento objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que sobre el asunto tenga el representante de la administradora.”* (SL1452 de 2019)

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

En este punto, debe dejarse claro 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 tanto, la AFP demandada 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 la postura de 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, tal y como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aún cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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

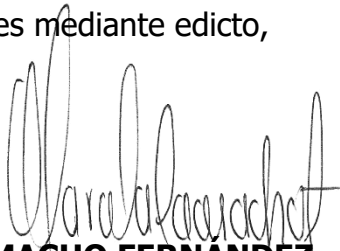
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 1º de julio de 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones gastos de administración, comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

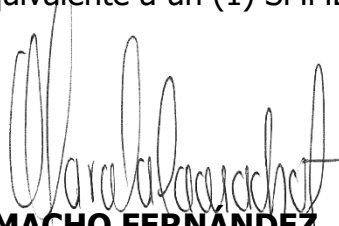


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



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: MARÍA DEL CONSUELO MARTÍNEZ RINCÓN
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 21-2020-00449-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. KAREN SILVANA MENDIVELSO CUELLAR, 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. María del Consuelo Martínez Rincón, instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones, AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación y de manera subsidiaria la nulidad de ésta y de todos los actos y omisiones posteriores durante su permanencia en el RAIS, en atención a que la labor de consejo y acompañamiento de las AFP no es instantánea sino permanente. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor que Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. traslade los valores que posee en su cuenta de ahorro individual a Colpensiones, por todo concepto, tales como aportes obligatorios, bono pensional, título pensional y rendimientos. Así mismo, solicitó que se ordene a Colpensiones a recibir los anteriores valores, previa verificación satisfactoria de la integralidad de los aportes pensionales efectuados al RAIS, sin que AFP Skandia S.A. deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, junto con las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el día 2 de enero de 1983, se afilió al ISS, realizando cotizaciones hasta el 20 de abril de 1995, data en la cual se afilió al RAIS administrado por Colmena hoy AFP Protección S.A., quien no le otorgó la asesoría especial y profesional que requería para tomar la decisión libre, informada y consciente. Refirió que el 1 de noviembre de 1.999 se cambió de fondo de pensiones, afiliándose a AFP Porvenir S.A. y posteriormente a Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., quienes tampoco le brindaron asesoría, ni le informaron sobre las ventajas y desventajas de cada régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF 01DemandayAnexos)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 10NotificaciónAgenciaNacional); sin embargo, no se

hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido 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), así mismo no evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, ratificación por actos de relacionamiento, 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 seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente electrónico, PDF

16SubsanaciónDeLaContestaciónDeLaDemandaDeColpensiones)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la vinculación de la actora con el fondo de pensiones fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, siendo el traslado válido en los términos establecidos en la ley, por ende, no es procedente declarar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento. Ni tampoco causa y objeto ilícito, de conformidad con los artículos 1504 del C.C. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica (Expediente electrónico, PDF 08ContestaciónDemandaPorvenir y PDF

15SubsanaciónDeLaContestaciónDeLaDemandaDePorvenir)

3.3. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que la actora venía de estar afiliada en AFP Protección S.A. en el año 1995 y en AFP Porvenir S.A. en el año 1999, por ende, tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, conociendo sus ventajas, características y demás componentes de este régimen pensional. Refirió que la selección de régimen del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte de la afiliada y en tal sentido, al seleccionar el RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen.

Aclaró que la información y asesoría suministrada al momento de la vinculación se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS, por lo que no es posible declarar la nulidad de la afiliación efectuada al RAIS, dado que el traslado de fondo se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico. Propuso como excepciones las que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la actora se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al Rais, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la actora, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF

09ContestaciónDemandaSkandia)

3.4. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor con oposición a todas las pretensiones arguyendo que la afiliación de la actora es plenamente válida y eficaz, ya que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones precedida de una asesoría adecuada, suficiente y oportuna. Señaló que la firma del formulario de vinculación cumple todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, por lo tanto, no existe razón para que el fondo de pensiones traslade a su afiliada al RPM, máxime cuando no existió vicio del consentimiento ni causal alguna de ineficacia en la configuración de este acto jurídico.

Formuló las excepciones de fondo que denominó 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 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 o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada, traslado de la totalidad de los aportes a la AFP Porvenir S.A., aplicación del presente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto (Expediente electrónico, PDF 22ContestaciónDemandaProtección)

4. Contestación demanda y llamamiento en garantía

4.1. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones del escrito introductor, indicando que la afiliación de la promotora del litigio al RAIS fue, en el marco de la autonomía de la voluntad, un acto libre, espontáneo, debidamente comprendido tanto en todos sus elementos como en su alcance y consecuencias, exento de vicio alguno en el consentimiento. Refirió que aquella decidió el cambio de régimen de Prima Media al de Ahorro Individual con Solidaridad afiliándose a la AFP Colmena S.A., hoy AFP Protección S.A. en 1995, trasladándose horizontalmente entre AFPs, llegando en junio de 2014 a la AFP Skandia S.A. y, de acuerdo con lo informado por ésta, cuando se trasladó se le brindó la información objetiva, necesaria y transparente que por disposición normativa le correspondía.

Propuso las excepciones de fondo que denominó el acto jurídico de afiliación al RAIS y los de sus posteriores traslados entre AFPs, fueron debidamente informados y todas las decisiones tomadas por la demandante se dieron al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediadas y/o determinadas por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente lícitas y válidas, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o de invalidación del acto jurídico de afiliación, prescripción de la acción de nulidad, legalmente la demandante se encuentra inhabilitada para trasladarse de régimen pensional e innominada.

Respecto del llamamiento en garantía que se le hizo, se opuso expresamente a las pretensiones que son propias del llamado, aduciendo que, en caso de una sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda, al deducirse la relación material entre la convocante y la convocada, la misma debe ser desestimada. Como excepciones propuso las que denominó Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, siendo improcedente el llamamiento en garantía realizado; en caso de una sentencia de condena contra la llamante en garantía, no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, porque ella fue legalmente devengada y los riesgos estuvieron efectivamente amparados; a la aseguradora no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones que afecten a la llamante y por lo

mismo no está obligada a restitución alguna; inexistencia de derecho contractual; prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; y genérica. (Expediente electrónico, PDF 20ContestaciónDemandaMapfre)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de julio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por al RAIS el 20 de abril de 1995, con fecha de efectividad a partir del 1º de mayo del mismo año, por intermedio de AFP Colmena hoy Protección S.A. quedando afectado por la ineficacia también el traslado realizado a AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A., en consecuencia, tuvo como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones. Así las cosas, condenó a Skandia S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante, así como los gastos de administración, las comisiones y lo pagado por seguro previsional, debidamente indexados desde el nacimiento del acto ineficaz los cuales debe asumir con cargo a sus propios recursos y utilidades. Para ello concedió el término de un 1 mes, además, dispuso que al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores.

Ordenó a AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones, la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la demandante por concepto de garantía de la pensión mínima, seguros previsionales y lo descontado por concepto de traslado. Condenó a Colpensiones activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral. Absolvió del llamado en garantía a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Por último, condenó en costas a la AFP Protección S.A. y a favor de la demandante; y costas a cargo de Skandia y a favor Mapfre Colombia Vida Seguros s.a. en virtud del llamamiento en garantía.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, según al cual la afiliación debe ser libre y voluntaria, además, en la sentencia SL1373 de 2021, en la que se dijo que la información no puede ser cualquiera, sino debe ser relevante, oportuna y clara, no bastando con señalar ciertos caracteres de uno u otro régimen pensional, sino, que hay que explicarle al potencial afiliado cómo se obtienen, cómo se llega, de qué depende y bajo este entendido el fondo de pensiones debe mencionar lo bueno y lo malo con el fin de brindar información completamente transparente para que se pueda trasladar de uno a otro régimen previsional.

Señaló que el formulario no es suficiente para acreditar al deber de información con nivel de claridad, además, significó que la carga de probar está en el fondo de pensiones porque está en la obligación de hacerlo dado a que es un experto y profesional en la materia. Así las cosas, dijo que el fondo de pensiones no demostró haber brindado a la demandante información suficiente respecto del régimen al que se estaba trasladando, pues tan sólo conoció alguna de sus características, sin que haya sido clara y transparente.

6. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

6.1. AFP Porvenir S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que administró debidamente los aportes de la actora durante la vigencia de la afiliación, prestando cobertura de las contingencias de invalidez y sobrevivencia conforme lo reglamentado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que no hay razón alguna para que se genere la devolución de gastos de administración. Indicó que se generó unos rendimientos que favorecieron al capital de la actora, rendimientos que fueron trasladados junto con los aportes pensionales en el año 2014, por manera que, de aceptarse la devolución de otros conceptos, generaría un

enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, máxime cuando van a financiar la mesa pensional de la parte actora, lo que implica que la acción este prescripta.

6.2. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Como argumentos de su recurso de apelación señaló que el gasto de administración tiene la fuente legal en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, dispone frente a los traslados que se deberán entregar el saldo en unidades de los aportes efectuados a nombre del trabajador, no siendo posible reintegrar sumas descontadas por conceptos de comisión de administración dado que se destinó una partida para la póliza para el cumplimiento de los seguros de invalidez y muerte.

En lo que hace al llamamiento en garantía dijo que debe ser condenada a Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., respecto de la orden impuesta frente a la devolución del porcentaje de los gastos de administración, pues no debe ser el fondo de pensiones quien asuma con su propio patrimonio, dado a que cumplió con su obligación legal de celebrar con la aseguradora un contrato de seguro provisional.

6.3. Colpensiones. En su alzada esgrimió que la demandante hizo múltiples traslados horizontales y realizó comportamientos propios de actos de relacionamiento, quien conoce las características del RAIS, pues así se evidencia del interrogatorio de parte se le practicó, señalando que recibió asesoría exigía por la Ley para la data del traslado. Refirió que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, sin presiones indebidas y de conformidad con lo establecido en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Señaló que con la decisión tomada se afecta la sostenibilidad del sistema pensional máxime cuando la afiliación inicial se dio para el año 1995, fecha para la cual el Decreto 663 de 1993 exigía solo la firma del formulario de afiliación y no el deber de información que surgió con posterioridad. Adicionó que no es correcto que una persona que estuvo afiliada por más de 20 años al RAIS ahora pretenda retornar al RPMD y pretenda beneficiarse de aportes que no hizo al sistema.

7. Alegatos de conclusión

7.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que en este tipo de asuntos la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que la AFP debía suministrar una información completa sobre las condiciones específicas de la situación pensional para trasladarse de régimen pensional, siendo carga de la prueba de aquella en demostrar este deber de información. Refirió que en el expediente no se encuentra demostrado que la AFP Colfondos obró con la diligencia debida.

7.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones esgrimió que al momento de la solicitud del retorno al RPM la demandante contaba con 57 años, pues nació el 8 de julio de 1963, encontrándose en una prohibición legal descrita en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, para trasladarse. Refirió que Dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

7.3. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón a la falladora 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 de la afiliada, 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. conduce a que este acto goce de plena validez.

7.4. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Señaló que los gastos de administración tienen una fuente legal, esto es, la Ley 100 de 1993, en su artículo 104, en el que se autoriza el cobro de las comisiones y gastos de administración. Agregó que el juez en primera instancia ordenó la devolución de gastos de administración, sin previo debate de estos y sin que en el escrito de la demanda se mencionará los mismos o se solicitaran en su parte petitoria, quebrando de esta forma el derecho de defensa, debido proceso y contradicción. Indicó que los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias que ordenan la devolución de los gastos de Administración.

7.5. Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. Esbozó en su escrito de alegaciones que los llamados a responder por las devoluciones de los gastos de administración, entre ellos las primas del seguro previsional, son estrictamente los fondos privados con cargo a su patrimonio, de conformidad con la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones, AFP Porvenir S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. 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 afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales 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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que María del Consuelo Martínez Rincón se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones, con cotizaciones desde el 2 de enero de 1983 al 1 de abril de 1995 (Expediente electrónico, PDF 21ExpedienteAdministrativoColpensiones), quien suscribió formulario de afiliación con Colmena, Pensiones y Cesantías hoy AFP Protección S.A. el 20 de abril de 1995 (Expediente electrónico, PDF 22ContestaciónDemandaProtección, pág. 39); posteriormente, se afilió a AFP Porvenir S.A. el 28 de octubre de 1999 (Expediente electrónico, PDF 08ContestaciónDemandaPorvenir, pág. 89) y a Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. el 6 de junio de 2014 donde se encuentra actualmente (Expediente electrónico, PDF 09ContestaciónDemandaSkandia, pág. 53); situaciones fácticas que no sobra precisar no fueron controvertidas por las partes.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo

que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, 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 factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la 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, de manera que se equivoca la postura de las AFP 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 AFP Colmena y 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 a la potencial afiliada, 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 20 de abril 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.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

8. Actos de relacionamiento. Aluden las codemandadas que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 actora de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. 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 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 adocinado, entre otras, en 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, 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 a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación, en tanto que tampoco es dable condicionar la misma, ya que Colpensiones tiene las herramientas judiciales suficientes, para que las AFP demandadas cumplan con la obligación de trasladar los dineros aquí ordenados.

11. 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.

12. Llamamiento en garantía. En lo que hace al llamamiento en garantía, es del caso precisar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 64 del C.G.P., es la figura jurídica mediante la cual se vincula a otro sujeto en el proceso judicial, para que este, con ocasión a la condena, indemnice o reembolse el pago que tuviere que efectuar como resultado de esta, pero para que sus produzcan sus efectos, entre el llamado y el llamante primariamente debe existir una sujeción contractual o legal. En otras palabras, es requisito *sine quanon* que exista un vínculo jurídico entre quien efectúa el llamado y el sujeto a quien se llama en garantía, que lo obligue por virtud de la relación legal o contractual que sostienen a indemnizar el perjuicio sufrido por aquel, como resultado de la sentencia que se imponga en la respectiva condena.

Surge de lo anterior, la carga de aportar la prueba acerca de la existencia del vínculo legal o contractual que lo legitime para formular el llamamiento en garantía, siendo requisito indefectible para su procedencia como se indicó en líneas atrás.

Así pues, descendiendo al asunto objeto de estudio, se advierte que la petición elevada por Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. no cumple con dicha exigencia ya que si bien funda su solicitud en lo establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en tanto que tienen a su cargo la contingencia de riesgo de invalidez y sobrevivencia, de ahí que la citada Ley autorice a contratar seguros, para lo cual debe sufragarse con un porcentaje del aporte pensional que realice la actora; ello por sí solo no evidencia que dicha asegurada tenga como función garantizar patrimonialmente – que en últimas es la finalidad de la figura -, ninguna obligación que se contraiga a través de este juicio o que a su turno tenga que responder por los perjuicios que se llegaren a causar de la sentencia, como quiera que aquella solo le compete amparar riesgos de invalidez y sobrevivencia que como consecuencia de la afiliación de la promotora del proceso al fondo de pensiones codemandado, éste último tenga que sufragar.

Nótese que en la póliza allegada se registró como cobertura principal la de amparar la muerte e invalidez por riesgo común y auxilio funerario, de allí que solo corresponda la limitación del riesgo asumido que hizo la aseguradora al momento de celebrar el contrato de seguro. Es más, tampoco la encartada ostenta un derecho legal del cual pueda servir para llamar a la citada aseguradora, pues no existe norma expresa que obligue a que esta aseguradora deba servir como garante frente al resarcimiento por los perjuicios que en dicho evento se llegaren a causar como consecuencia de la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, pues es claro que la aseguradora llamada en garantía en su ejercicio, únicamente tiene a su cargo responder por las contingencias de invalidez y sobrevivencia, como consecuencia de la póliza que se suscribió y que asumió por el pago de la prima correspondiente.

En ese sentido, es claro que habrá de confirmarse la decisión absolutoria respecto del llamado en garantía que se efectuó.

13. Costas en segunda instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A., Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera instancia se confirman.

Así mismo, se impondrá costas en segunda instancia a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., por no haber prosperado la alzada. 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,

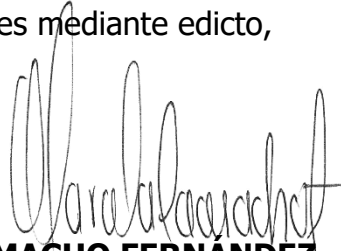
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de julio de 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A., Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



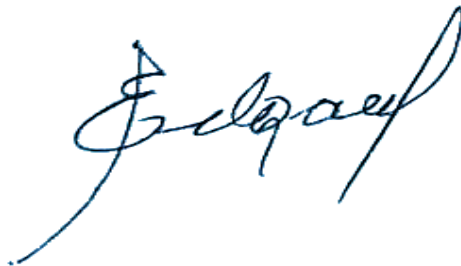
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

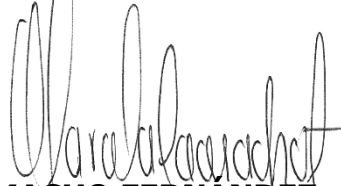
Magistrado

-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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A., Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. y a cargo de Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ISABEL CELY PAIPA
Demandados: COLPENSIONES Y OTRA
Radicación: 26-2020-00430-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Isabel Cely Paipa, instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS realizado en junio 1º de 1996 y, en consecuencia, se ordene al fondo privado accionado a trasladar el capital ahorrado por concepto de aportes pensionales, rendimientos y gastos de administración, debidamente indexados, que se encuentren en su cuenta con destino a Colpensiones, así mismo, toda la información obtenida a través de las planillas de autoliquidación de aportes y que constituye su historia laboral. Así mismo, se ordene a Colpensiones que anule el registro de traslado, active la afiliación y registre en las bases de datos su información correspondiente a sus aportes; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió en enero 16 de 1982 al ISS, cotizando 651 semanas, no obstante, debido a que no recibió información necesaria y debida asesoría, en junio 1 de 1996, suscribió formulario de traslado de régimen previamente impreso por la AFP Colmena hoy Protección. Refirió que aquel fondo de pensiones no le suministró la asesoría necesaria e información suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, para decidir libremente y sin vicio alguno en su consentimiento para el traslado de régimen efectuado. (Expediente electrónico, PDF 001. DEMANDA Y

ANEXOS, págs. 1 a 12)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 013.NOTIFICACION AGENCIA-20214011447782); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS. Sin embargo, dijo que el traslado realizado por la parte actora a la AFP Protección S.A. se presume no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993, sino, plenamente válido. Refirió que la afirmación de vicio del consentimiento, la falta de información necesaria y/o ineficacia

acaecida en el trámite de traslado, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos (Expediente electrónico, PDF 011. contestación Colpensiones)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Indicó que el formulario de vinculación que suscribió la demandante se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento.

Formuló en su defensa las excepciones 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, 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, 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**. (Expediente electrónico, PDF 010. Contestación Demanda Protección)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. a transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Ordenó a Colpensiones para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante. Por último, gravó en costas al fondo de pensiones privado.

Para arribar a tal decisiva indicó que en virtud de lo previsto en los artículos 13, literal B y 271 de la Ley 100 de 1993 y según el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre voluntaria, se debe poner en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez y los beneficios que obtendría, siendo deber de la entidad demostrar que garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad, autonomía y consciente.

Recordó que el Alto Tribunal señala que el simple consentimiento y la firma del formulario de afiliación, es insuficiente para demostrar la asesoría brindada al momento de la suscripción, tampoco da cuenta de que efectivamente recibió una asesoría clara y suficiente sobre las características y diferencias entre uno y otro régimen pensional. Así las cosas, indicó que las pruebas recaudadas evidenciaban que cuando la actora se trasladó al régimen de ahorro individual se plasmó su consentimiento en el formulario afiliación, pero no precedido de una debida información respecto a las características propias de ese régimen. Dedujo que la demandante no recibió información clara, suficiente y oportuna respecto a las características propias del régimen de ahorro individual; razón por la cual debía declarar ineficaz el acto de traslado efectuado por aquella.

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que está plenamente probado que no recibió por parte de la demandada, al momento de la suscripción del formulario de

traslado de régimen pensional, información clara, completa, suficiente y necesaria, que le permitiera tomar una decisión informada de traslado del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el entonces Instituto de Seguro Social, al régimen de Ahorro individual con solidaridad administrado por los fondos Privados (AFP).

5.2. Colpensiones. Refirió que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP 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, suministro la totalidad de 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problema jurídico. 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 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 el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 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.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Isabel Cely Paipa se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 16 enero de 1982, con cotizaciones hasta el 10 de noviembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por misma entidad (Expediente electrónico, PDF {9790FE49-8B2F-4EE9-8AA0-0C12D44450E2}); quien suscribió formulario de afiliación con Colmena Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A. el 9 de mayo de 1996 (Expediente electrónico, PDF 010.Contestación Demanda Protección, pág. 40), donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

5. 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 y no

en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro 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 (...)."

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, entregando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la AFP accionada, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Costas en segunda instancia. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 13 de junio de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PROTECCIÓN S.A.** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: OLGA STELLA CELY LUNA
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 19-2019-00626-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Olga Stella Cely Luna instauró demanda ordinaria contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y de la afiliación al RAIS, ya que la misma contiene vicios el consentimiento de error y el dolo y, así misma falta del deber de información asesoría y buen consejo. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el traslado de todos los aportes, junto con los rendimientos que tiene el fondo de pensiones accionado a Colpensiones. Así mismo, pidió que perjuicios morales, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se encontraba afiliada al ISS, dado a que se trasladó a AFP Porvenir S.A. en octubre de 2002, ya que un asesor le informó que tal decisión le traería muchos beneficios y que el ISS no era viable financieramente y que iba a quebrar, de manera que solo se dedicó a comunicar las ventajas del régimen, más no las desventajas que traía el cambio de régimen.

(Expediente digital, PDF 1. PROCESO 2019-626 ESCANEADO, págs. 4 a 22).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 1. PROCESO 2019-626 ESCANEADO, pág. 80); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrido 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), así mismo no

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 aquella. Refirió que las documentales allegadas al plenario se encuentran sujetas a derecho, observando de las mismas que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas.

En su defensa propuso las excepciones de fondo las que denominó 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 seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión y genérica. (Expediente digital, PDF 1. PROCESO 2019-626 ESCANEADO, págs. 82 a 117).

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la vinculación de la demandante en el año 2002 fue producto de su voluntad, decisión libre e informada, dado que le suministró información sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales. Consideró válido el traslado en los términos establecidos por la Ley 100 de 1993; por lo cual no se puede decretar la nulidad por cuanto no existen vicios del consentimiento, tampoco se evidencia causa y objeto ilícito. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente digital, PDF 1. PROCESO 2019-626 ESCANEADO, págs. 131 a 157).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1 de abril de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de traslado realizado por la actora al RAIS, por tanto, tener válidamente vinculada al régimen de prima media prestación definida administrada por Colpensiones. En ese orden, condenó a AFP Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones y aportes adicionales, junto con los rendimientos financieros causados, incluido intereses y comisiones, sin descontar los gastos de administración.

Para arribar a tal decisiva dijo que la jurisprudencia de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia son determinantes al señalar que las entidades encargadas del direccionamiento y funcionamiento del sistema pensional deben garantizar a los afiliados una información libre, voluntaria, suficiente y transparente que les permita elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado, lo que implica una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva, así como de las consecuencias jurídicas que tiene el traslado.

Sostuvo que la afirmación que hace en este caso la actora en el sentido de indicar que no recibió una información clara y completa corresponde a un supuesto negativo que solo puede ser desvirtuado por el fondo de pensiones accionado. Así las cosas, como incumplió con el deber de acreditar que entregó información con tales características, debía declarar la ineficacia del traslado.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Formuló recurso de apelación en contra de la sentencia de primer grado alegando que la realidad para el momento del traslado era aplicable la Ley 100 de 1993, esto es, la aceptación espontánea, libre y expresada a través de la firma del formulario afiliación. Resaltó que para la fecha de su suscripción no existía la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de brindar

una doble asesoría a sus afiliados, razón por la que el juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones, quien no participó en el trámite del traslado y ahora debe afrontar la carga de la prestación económica, sin que tenerse en cuenta el principio de la relatividad jurídica.

Recordó que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes y las consecuencias que se deriven de la celebración de ese acto jurídico solo deben repercutir sobre las partes involucradas. Indicó que resulta lesionada con la decisión adoptada, ya que afecta el equilibrio y sostenibilidad financiera del sistema regulado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por Acto Legislativo 01 de 2005. Sostuvo que el artículo 2° de la Ley 797 del 2003 niega el traslado de régimen cuando a la persona le falten 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

5.2. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que no le asiste razón a la A quo al declarar nulo e ineficaz el traslado con base en la falta de información cuando no era obligatorio al fondo de pensiones. Refirió que, con el formulario oficial, según la Circular 19- 1998 emitida por la Superintendencia Financiera de Colombia, el traslado se entendía no solo materializado, sino, también validó, en tanto que el afiliado expresa su voluntad a través del diligenciamiento del mismo.

Refirió que cumplió con la totalidad de las obligaciones a su cargo y la permanencia de la actora en el régimen de ahorro individual es una decisión libre y voluntaria. A lo que sumó que no es factible ordenar la devolución de gastos de administración, pues de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2° del artículo 20 de la Ley 100 del 93, también en el régimen de prima media se destina el 3% de las cotizaciones a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y de sobrevivencia. Agregó que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez, además, de acuerdo con la Superintendencia Financiera de Colombia, en los eventos en que proceda la eficacia de traslado, las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta de afiliado, sin que haya lugar tampoco a la restitución de la comisión de administración.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Esgrimió que de conformidad con el precedente jurisprudencial son las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, quienes tienen la obligación de brindar información clara, completa y comprensible al momento en que se va a realizar un traslado desde el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, indicando no sólo los beneficios, sino también las consecuencias adversas de su decisión, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada, en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste, incluso a perder el derecho a cambio de una indemnización sustitutiva.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que, para la fecha de traslado, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época (Ley 100 de 1993), era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por el demandante. Indicó que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento

jurídico vigente al momento del acto, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y el debido proceso, no consisten solamente en las posibilidades de defensa o en la oportunidad para interponer recursos, sino que exige, además, como lo expresa el artículo 29 de la Carta, el ajuste a las normas preexistentes al acto que se juzga.

6.3. AFP Porvenir S.A. Refirió que no le asiste razón a la falladora 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 de la afiliada, 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. conduce a que este acto goce de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. 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 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 actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que Olga Stella Cely Luna realizó aportes pensionales a la Caja de Previsión Social de Bogotá desde el 22 de junio de 1994 al 31 de diciembre de 1995., además, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 1 de enero de 1996, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 2002, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 23 de octubre de 2002, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

(Expediente digital, PDF 1. PROCESO 2019-626 ESCANEADO, págs. 46 a 52 y PDF CONT 2019 00626 OLGA STELLA CELY LUNA VS PORVENIR)

5. 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 y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 2002- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos

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

En este punto, debe dejarse claro 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, entregando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidos en

la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11

de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 1º de abril de 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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 cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: LUCENITH AURORA FREITER ROMERO
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 32-2020-00039-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lucenith Aurora Freiter Romero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad de traslado del RPMPD al RAIS, por indebida información y transparencia. En consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. la devolución de aportes y a Colpensiones, recibir y afiliar nuevamente en el régimen de prima media con prestación definida, así mismo, al pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que en el año 1984 comenzó a laborar en la Caja de Compensación Familiar, cotizando por más de 10 años al ISS. Refirió que en diciembre de 2002 se acercaron funcionarios de la AFP Porvenir S.A. con el fin de que realizará el cambio de régimen pensional al RAIS, quienes informaron que si efectuaba el traslado le traería varios beneficios como gozar de una pensión antes del tiempo. Refirió que, en el año 2003, asesores de AFP Protección S.A. le ofrecieron las mismas características, logrando convencerla de trasladarse a otro. Indicó que los fondos de pensiones privados omitieron el deber de información, consecuencias, ventajas o desventajas que se pudieren ocasionar el cambio de régimen pensional. (Expediente electrónico, PDF 02OrdinarioLaboralNo11001310503220200003900, págs. 3 a 13).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05NotificaciónPorvenirYAgencia Nacional); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado de régimen efectuado por la demandante se realizó de forma libre y voluntaria, debiéndose probar dentro del proceso la ineficacia por falta de información. Indicó que, aunque desconoce circunstancias de tiempo, modo y lugar por las cuales se llevó a cabo la asesoría, colege que si la demandante decidió que su mesada pensional estuviera regida por dicho régimen se debió a la información que le brindó por parte de RAIS. Refirió que fue negligencia de aquella con respecto a consultar su situación pensional.

En su defensa propuso como excepciones de fondo que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, finalmente la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 02OrdinarioLaboralNo11001310503220200003900, págs. 101 a 127).

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descender el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el acto de traslado fue válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Refirió que la suscripción del formulario de afiliación se realizó de forma libre y espontánea, el cual generó derechos y obligaciones entre las partes, por tanto, no puede prosperar la pretensión de nulidad del traslado como pretensión principal.

Formuló las excepciones 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 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 y genérica. (Expediente electrónico, PDF 04ContestaciónProtección).

3.3. AFP Porvenir S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el traslado efectuado goza de completa validez, dado a que le brindó información clara, veraz y oportuna acerca de las características, ventajas y desventajas que componían el RAIS, para que la actora tomará una decisión libre y voluntaria. En su defensa propuso las excepciones 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. (Expediente electrónico, PDF 06ContestaciónPorvenir)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de junio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante al RAIS, a través de porvenir S.A., de fecha 18 de octubre de 2002, así como su posterior traslado entre administradoras del citado régimen. En consecuencia, condenó a la demandada AFP Porvenir S.A. a trasladar con destino a Colpensiones las sumas que haya descontado por concepto de gastos de administración de los aportes efectuados por la actora mientras estuvo afiliada a esa administradora, debidamente indexados.

Ordenó a la demandada AFP Protección S.A. trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración. Dispuso que Colpensiones a recibir a la actora como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado. Por último, gravó en costas a AFP Porvenir S.A.

Para arribar a tal decisiva indicó que existe la posibilidad de anular o declarar ineficaz la afiliación al traslado al régimen, cuando no se demuestra la suficiente información al afiliado, de allí que esté en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones informar

clara y verazmente las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado de régimen. Refirió que los afiliados pueden escoger libremente el régimen al cual pertenece y también la posibilidad de trasladarse entre regímenes con las salvedades establecidas en el literal "e" del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y la modificación introducida por la Ley 797 de 2003.

Consideró que la información brindada por los fondos de pensiones no fue completa, dado que, aunque se pusieron de presente beneficios, pero no se hizo con la debida explicación para que la actora pudiera comprender los alcances de esos beneficios ni las diferencias frente al otro régimen. Preciso que la información brindada no fue clara y suficiente para que aquella pudiera determinar las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, de esta manera dijo que AFP Porvenir S.A. no acreditó con esa carga de la prueba que ha señalado la Corte Suprema de Justicia que ha señalado que en asuntos como el que aquí nos ocupa.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. En oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que el artículo 2º de la Ley 797 de 2003 limitó el derecho de traslado entre regímenes, cuando el afiliado le falte 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión, salvo aquellos afiliados que tuviesen 15 años cotizados a la entrada en vigor del sistema general de pensiones para quienes se conservó el derecho a regresar al régimen de prima media en cualquier momento. Refirió que las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas al cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, por manera que en el presente asunto la actora no es beneficiaria del régimen de transición para proceder a su traslado en cualquier tiempo.

Refirió que para el momento del traslado la obligación del fondo solo era la de brindar información y sería el afiliado quien determinaría a qué AFP realizar sus aportes pensionales, por lo que resulta desmedido exigir a la accionada que hubiese realizado alguna proyección pensional o imponer un deber de asesoría y buen consejo diferente al establecido normativamente para el momento del traslado. Aludió a que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradores obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado; tal exigencia es virtud del principio de confianza legítima, legalidad y debido proceso.

Agregó que es un tercero en el acto jurídico que celebró la demandante y el fondo privado, por lo que los actos jurídicos en principio tienen efectos inter partes por lo cual independiente de la decisión adoptada Colpensiones no puede verse favorecida ni perjudicada.

5.2. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que, aunque es cierto que existe un precedente jurisprudencial bastante amplio y pacífico respecto del deber de información, también lo es que la misma Corporación ha indicado que debe analizarse esas particularidades en cada caso concretos y que rodearon el traslado del régimen pensional que se reputa ineficaz. Refirió que dio cumplimiento a esos requisitos formales y el deber de información vigente al momento en que la actora suscribió el formulario de afiliación. Aludió a que aquella manifestó en su interrogatorio de parte que tuvo la oportunidad de ahondar en el régimen, además, que no presentó algún tipo de inconformidad o contravención.

Respecto de devolver los gastos de administración dijo que estos no se descontaron de manera caprichosa, pues lo hizo en cumplimiento del artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

Precisó que la Superintendencia Financiera de Colombia se ha pronunciado e indicado que en los traslados al tenor de la figura jurídica de la ineficacia se debe hacer de conformidad con lo dispuesto en el artículo 7 ° del Decreto 3995 de 2008. Expuso que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas que se van a realizar cuando se ordené un traslado de recursos al declarar la ineficacia del acto.

6. Alegatos de conclusión

6.1. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que en el presente caso no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora ante la AFP Porvenir S.A. en el año 2002, en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes. Refirió que medio consenso sobre la información ofrecida, las condiciones y características del RAIS, además, no existe ninguna prueba, tampoco un indicio que demuestre que el traslado se desarrolló con la presencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, descritos en el Código Civil, prueba de ello son las firmas del formulario de afiliación que acredita la aceptación voluntaria libre y sin presión de la demandante de construir pensión en un fondo privado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. 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 afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales 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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Lucenith Aurora Freiter Romero se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 22 de febrero de 1974, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 2002, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien suscribió formulario con AFP Porvenir S.A. el 18 de octubre de 2002 y posteriormente se trasladó a AFP Protección S.A. el 23 de julio de 2003 donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 2002- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, 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 factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como mal lo atribuye la censura. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la 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, de manera que se equivoca la postura de las AFP 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocarinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 AFP Colmena y 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 a la potencial afiliada, 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 20 de abril 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.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 adocarinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante 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 sólo 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.

8. Actos de relacionamiento. Aluden las codemandadas que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesitura con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica la decisión de instancia al respecto, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 actora de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. 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 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 adocinado, entre otras, en 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, 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 a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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, como en la sentencia de primer grado no engloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos al momento de la devolución también se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los

predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

11. 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.

12. Costas en segunda instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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,

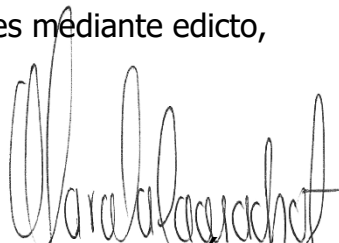
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 8 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las sumas descontadas por concepto de comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de **LUCENITH AURORA FREITER ROMERO**, debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera, se confirman.

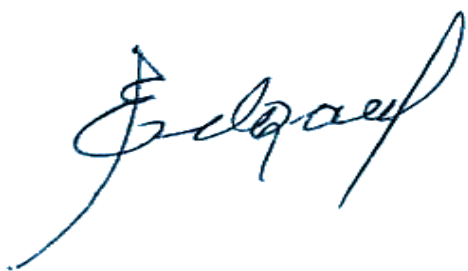
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



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: ARABELLY RAMÍREZ HENAO
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 36-2019-00708-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Arabelly Ramírez Henao instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado realizado del ISS al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones privado trasladar los aportes que realizó como cotizaciones, y bonos con todos sus frutos e intereses; a Colpensiones validar los aportes en pensiones trasladados e incorporarlos a la historia laboral; y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que comenzó a cotizar al ISS el 28 de agosto de 1986 y hasta el 1° de julio de 1994 cuando fue trasladada a AFP Porvenir S.A., cotizando 331 semanas. Refirió que al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 no era beneficiaria del régimen de transición y actualmente cuenta con 1595 semanas, de manera que con el cumplimiento de 57 años le permiten acceder a una pensión de vejez por parte de Colpensiones. Indicó que se encuentra muy preocupada ante la proyección de pensión que recibirá de la AFP a la cual se encuentra afiliada.

(Expediente electrónico, PDF 01. Expediente digitalizado 2019-00708, págs. 1 a 29).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 01. Expediente digitalizado 2019-00708, págs. 96 y 97); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la demandante deberá acreditar que en efecto su consentimiento se vio viciado, por la omisión de la información en la que pudo incurrir AFP Porvenir S.A. al momento de la suscripción del formulario de afiliación, en tanto que el traslado de régimen es válido y por ende no hay lugar a declarar la ineficacia de su afiliación.

Propuso como excepciones las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de

sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica (Expediente electrónico, archivo RAR OneDrive_2022-07-06 (7)).

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante es completamente válido, ya que le brindó la información pertinente, necesaria, clara, veraz y oportuna, suscribiendo el formulario de forma libre, espontánea y completamente informada. En su defensa formuló excepciones que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa inexistencia de la obligación y buena fe (Expediente electrónico, archivo RAR OneDrive_2022-07-06 (11)).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del RPMPD al RAIS, que se hizo efectivo el 1º de julio de 1994 a través de la AFP Porvenir S.A. Así las cosas, ordenó a esta última normalizar la afiliación de la actora en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y trasladar a Colpensiones los valores descontados de su cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración, comisiones, costos de primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima. Condenó a Colpensiones a recibir e imputar los aportes a la historia laboral de la actora. Gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión sostuvo que la obligación de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, precisamente en el literal “b” del artículo 13, que señala la posibilidad que tiene el afiliado de elegir de manera libre y voluntaria entre regímenes pensionales. Dijo que el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 exige a las AFP información necesaria a la actora para que pudieran tomar una decisión informal. Refirió que es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta del deber de información en que incurrió la administradora de fondo de pensiones, cuyo formulario de afiliación aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia no exime, ni tampoco es indicativo de que se cumplió con el deber de información. Conforme a ello, señaló que las administradoras de pensiones deben probar el suministro de información suficiente, clara y veraz a sus afiliados al momento de la afiliación, aspecto que no cumplió la demandada, razón por la que debía declarar la ineficacia solicitada.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales.

5.1. Colpensiones. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que la firma del formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A., es completamente válido y no hay lugar a declarar su ineficacia. Expuso que, aunque la Corte indicó que el deber de información se debe acreditar en todos los procesos, para la época del traslado los fondos de pensiones no podían prever las cotizaciones pensionales en el futuro, si fuesen sobre el mismo IBC, sí tendría hijos y demás factores que varían en dicho régimen. Reiteró que la firma del formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. es completamente válida y no hay lugar a declarar su ineficacia, pues el mismo fue firmado de forma libre y sin presiones, además, en cumplimiento del deber de información exigido para 1994.

Adicionó que en caso de que para el año 1994 la demandante no haya recibido asesoría adecuada por parte del fondo privado con respecto a las características de cada régimen pensional, se vio saneado con el tiempo dado a que estuvo durante varios años antes de estar inmersa en la prohibición de Ley 797 del año 2003; lo que permite concluir que su voluntad era la de continuar en el régimen de ahorro individual y que su falta de cuidado con sus aportes al sistema general de seguridad social en pensiones se traduce en una omisión que no debe entregarse a nadie más sino a ella.

5.2 AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación esgrimiendo que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del acto jurídico, dado que la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión tomada fue consciente y espontánea, sin presiones o apremios de ninguna naturaleza. Indicó que antes de adoptar la decisión recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado y las características generales del régimen.

Sostuvo que el formulario de solicitud de vinculación cumple con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria y en lo que concierne a devolver los rendimientos, gastos de administración y seguros previsionales, dijo que no resulta coherente que se declare la figura de la ineficacia en unos sentidos y en otros no; la consecuencia de la aplicación de dicha figura, tal como lo manifestó la Corte Suprema de Justicia, es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, por tanto, tiene derecho a los frutos dados por la administración de los recursos de la demandante.

En lo que hace a los gastos de administración adujo que dichos montos tienen por mandato legal una destinación específica que se cumplió plenamente durante el periodo en que se mantuvo con el régimen de ahorro individual con solidaridad. Indicó que la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, de conformidad con lo conceptuado por la Superintendencia Financiera de Colombia, entidad que señala que el traslado de recursos entre los regímenes pensionales debe efectuarse de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, que lo es el artículo 7° del Decreto 3995 de 2008, disposición normativa que debe aplicarse en todos los casos.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Esgrimió que tiene derecho a que se decrete la ineficacia o nulidad del traslado realizado el 1° de julio de 1994 del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por no haber recibido de parte de las AFP Porvenir S.A. asesoría, pertinente y congruente respecto de dicho traslado, que le hiciera ver a la actora los riesgos y beneficios del traslado y como consecuencia de dicha declaración concluir que siempre estuvo afiliado al RPMPD.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.3. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con las AFP Porvenir S.A. en el año 1994, pues la misma fue debidamente asesorada, como lo indicó en su interrogatorio de parte, ya que tuvo una asesoría de aproximadamente 15 minutos en donde le dieron a conocer algunas características del RAIS, como que se podía pensionar a una menor edad o que en dicho régimen opera la devolución de saldos en caso de no alcanzar el derecho pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por 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 las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. 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 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 actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Arabelly Ramírez Henao se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones el 28 de agosto de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de mayo de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. el 3 de junio de 1994, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

5. 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 y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo

lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, entregando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista excepción alguna por el hecho de que en el RPMD también se permita efectuar descuentos por estos conceptos, como lo dice la censura.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos

ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

9. 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.

10. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrá costas a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

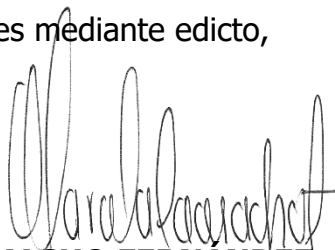
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de junio de 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de AFP Porvenir S.A. y Colpensiones. Las de primera se confirman.

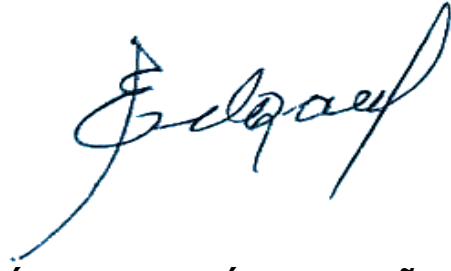
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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 cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



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: MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 16-2019-00486-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - REVOCA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Cecilia Cancelado Díaz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., con el propósito de que se declare la nulidad y subsidiariamente la ineficacia del traslado al RAIS, ya que se omitió con el deber de información y de asesoría. En consecuencia, solicitó que se disponga a su favor que AFP Protección S.A. traslade a Colpensiones la totalidad de sus aportes pensionales que se encuentra en su cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos e intereses; a Colpensiones activar su afiliación y reconocer y pagar la pensión de vejez, con las semanas cotizadas al RAIS y junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició a cotizar en el ISS desde el 9 de marzo de 1982 al 30 de junio de 1994, teniendo 501 semanas de cotización. Refirió que Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías la persuadió en junio de 1994, para vincularse al RAIS, sin que le informara sobre las implicaciones del traslado, ventajas y desventajas. Indicó que cotizó a este fondo de pensiones desde el 1 de septiembre de 1994 y hasta febrero de 1995, trasladándose a AFP Porvenir S.A., posteriormente en agosto de 1996 a Old Mutual hoy Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A., en octubre de 2005 a AFP Protección S.A.

Informó que los citados fondos de pensiones tampoco la ilustraron sobre las ventajas, desventajas o riesgos de mantenerse afiliada al RAIS, sobre los distintos escenarios comparativos en uno y otro régimen, ni recibió ninguna proyección de su pensión en el régimen comparado con el RPMPD. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, págs. 287a 321)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, págs. 352 y 353); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado realizado por la demandante se realizó de manera voluntaria,

sin que para dicha fecha tuviera la obligación del fondo de pensiones de brindar la información certera y precisa que solicita aquella. Refirió que con los traslados horizontales se ratifica la intención de la actora de permanecer en dicho régimen, por lo que considera que se encuentra válidamente afiliada al RAIS y por ende no es procedente que reconozca el pago de pensión de vejez. En su defensa formuló las excepciones de inoponibilidad por ser tercero de buena fe, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y genérica. (Expediente digital, archivo RAR 003CDFolio331ContestacionDemandaColpensiones)

3.2. Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de sus pretensiones argumentando que la afiliación realizada por la demandante el 1 de septiembre de 1996 al 31 de octubre de 1994, es totalmente válida, por tanto, no existe causal de nulidad que invalide o pretenda invalidar la afiliación al RAIS. Evidenció del formulario No. 032453 la firma de la afiliada y la voluntad de afiliación, situación que demuestra que lo realizó de manera libre y voluntaria aceptando las condiciones propias del régimen pensional. Indicó que la actora venía de estar afiliada a AFP Porvenir S.A. en el año 1996 donde ya tenía un conocimiento del funcionamiento y características del RAIS; por lo tanto, la asesoría se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por aquella.

Propuso los medios exceptivos que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, no participó ni intervino en el momento de selección de régimen y traslado de fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la actora, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, págs. 396 a 419)

3.3. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el vicio del consentimiento alegado debe ser acreditado en juicio, además, al momento de la suscripción del formulario lo hizo de forma libre, espontánea e informada, recibiendo asesoría suficiente y necesaria para tomar la decisión de trasladarse al fondo de pensiones. Formuló como excepciones las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y finalmente buena fe. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigital, págs. 443 a 468)

3.4. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la afiliación es válida, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en tanto que se realizó de forma libre y expresa, solemnizado así su afiliación. Propone como excepciones las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro provisional, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Expediente digital, PDF 004CDFolio364ContestaciónProtección)

3.5. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. En respuesta a la demanda se opuso al libelo introductor con fundamento en que brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse al RAIS a la que venía afiliada. Refirió que le recordó las características,

funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y RPMPD, ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional y la posibilidad de efectuar aportes voluntarios; aspectos que se hace constar al imponer su firma en la casilla de voluntad de afiliación y conforme a su manifestación de voluntad expresada donde quedó plasmado su consentimiento.

Indicó que su decisión se llevó de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que no se puede pretender dejar sin efecto un acto válido que nació a la vida jurídica y que ratifica los actos propios de la demandante. En su defensa formuló como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencias de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad de traslado, compensación y pago. (Expediente digital, PDF

005CDFolio367SubsanaciónContestaciónDemandaColfondos)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de abril de 2022, en la que el fallador de primera instancia decidió absolver a las encartadas de las pretensiones de la demanda, gravando en costas a la actora.

Para arribar a tal decisiva indicó que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia, siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, precisando que no se puede predicar su saneamiento por el paso del tiempo respecto de las omisiones en que se ha incurrido cuando se efectúa el traslado de régimen y no se cumple con el deber de información. Indicó que en la primera etapa va enmarcada en la ilustración sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, porque a partir de la Ley 1748 de 2014 se exige la doble asesoría.

Destacó que según el expediente administrativo que aportó Colpensiones y la historia laboral de cotizaciones, la demandante realizó traslados horizontales dentro del régimen de ahorro individual, de lo cual colegía como un acto de relacionamiento que permite suponer el deseo de continuar en dicho régimen, aspecto que incluso presupone cierto conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen, sus beneficios y desventajas y, su modo de operar. Refirió que a la actora se le dio una información que le fue entregada cuando hizo el traslado de régimen pensional, como posteriormente cuando efectuaba cada traslado del régimen horizontal entre las diversas administradoras de fondos de pensiones privadas.

Precisó que el argumento según el cual la pensión le resultará menor en el régimen de ahorro individual que en el régimen de prima media, no puede ser considerado para declarar la ineficacia en el traslado del régimen pensional, de manera que no encontró los elementos de la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para declarar la ineficacia al traslado del régimen pensional, ni tampoco su nulidad que constituye las pretensiones principales y subsidiarias.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, la demandante interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad la sentencia de primer grado, considerando que, aunque el A quo señala que conocía o era plenamente consciente de las características del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo cierto es que tal afirmación no deja de ser más que una suposición del operador judicial. Indicó que, contrario a ello, las pruebas documentales y la práctica del interrogatorio de parte dejaron en evidencia el desconocimiento de las características del RAIS, pues la demandante relató que los promotores comerciales de los fondos privados demandados

únicamente le informaron que su pensión iba a ser mucho más alta y que sus aportes tendrían unos mayores rendimientos.

Expuso que de ninguna manera le fueron explicadas, por ejemplo, cuáles eran las formas o las modalidades de pensión a las que podía verse abocada en caso de que llegara a cumplir los requisitos de pensión en el RAIS, tampoco le fueron explicadas cuáles eran las desventajas o los riesgos que ella podía tener en caso de que trasladará sus aportes a al fondo privado. Adujo que la Corte Suprema de Justicia ha sido reiterativa y tajante en manifestar que los fondos privados no tienen que informar los beneficios del régimen, pues la información debe ser transparente y objetiva.

Indicó que el A quo desconoce el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en la medida que ha dicho que los afiliados que han tenido múltiples traslados horizontales no convalidan la voluntad, tampoco es indicativo de que el traslado se haya hecho precedido de la información suficiente. Indicó que de ninguna manera le fueron descritos las características, condiciones y los servicios que el fondo privado le podría reportar, ni se encuentra probado que le hubieran explicado las características del régimen de prima media.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Solicitó que se revoque la sentencia del juez de primera instancia, teniendo en cuenta que la misma desatiende e inaplica los parámetros normativos y el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, reiterado y confirmado recientemente en sentencias SL 1548 del 11 de mayo de 2022.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que el traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de la actora reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.3. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP 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, suministro la totalidad de 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. 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.

2. Problema jurídico. 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 afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales 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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Martha Cecilia Cancelado Díaz se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 8 de marzo de 1982, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad; quien suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 30 de junio de 1994; posteriormente se vinculó a AFP Horizonte, hoy AFP Porvenir S.A. el 1 de marzo de 1995; al fondo de pensiones obligatorias Pensionar hoy Skandia Fondo de Pensiones y Cesantías S.A. el 11 de julio de 1996, a AFP Porvenir S.A. el 22 de septiembre de 1997; a la AFP Protección S.A. 25 de agosto de 2005; subsiguientemente retorno a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 1 de mayo de 2007 y a la AFP Protección S.A. el 1 de septiembre de 2017, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por las partes.

5. Carga probatoria y deber de información. Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en las AFP y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de que fue clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, 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 factible colegir del interrogatorio de parte que surtió la demandante, entre tanto, aquella se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados, como erradamente lo indicó el A quo. Es decir, solo le brindó información básica y esto no es suficiente para que la AFP demuestre que en efecto ofreció la misma de manera particular e integral a la gestora de la litis, 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL3685 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 (...)"*.

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 demandadas sí estaban en la obligación de proporcionar a la 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, de manera que se equivoca la postura de las AFP 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías en el año 1994, 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 a la potencial afiliada, 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 30 de junio de 1994, 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.

Siendo claro que se equivocó el fallador de primera instancia cuando colige que por el hecho de que la demandante haya realizado varios traslados entre AFP se convalidó el traslado inicial, además, que por tal hecho conoció sobre las características del régimen y que aquellas le brindaron información exigida a la actora, dado que recibió una re-asesoría. 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, prueba que en el presente caso brilla por su ausencia.

Por lo anterior, para la Sala no es de recibo el argumento del fallador de primera instancia al señalar que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, pues como ya ha expuesto esta Sala, la exigencia probatoria para la AFP es que haya brindado la información al momento de la afiliación y no con posterioridad puesto que los traslados con posterioridad entre fondos privados no tiene la virtualidad de subsanar la falta del deber de información inicial.

7. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 la demandante 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 sólo 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.

8. Actos de relacionamiento. Alude el cognoscente de primer grado que en el presente asunto debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Sobre esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modifica o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis con la cual en el caso concreto aquí estudiado, en nada modifica lo que ha dicho la Sala, pues la falta de

información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores de la afiliada y sin que el hecho de que aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 actora de manera íntegra a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. 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 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 adocinado, entre otras, en 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, 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 a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP),

debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022. Así las cosas, no resulta atendible los argumentos expuestos por los fondos de pensiones codemandados en su contestación de demanda.

11. 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.

12. Conclusión. Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 21 de abril de 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, AFP PORVENIR S.A.** y **SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió trasladarse a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

Así mismo, se **ORDENARÁ** a esta última a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de las afiliaciones de **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna, de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros de los fondos de pensiones codemandados.

13. 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. 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.

13.1. Edad. La demandante cumplió el requisito de edad de 57 años el 13 de enero de 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1951, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

13.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.828.43 semanas a febrero de 2021. Por tanto, es claro 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, por lo que así se declarará.

14. Disfrute de la pensión y liquidación. 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. En consecuencia, la Sala **CONDENARÁ a COLPENSIONES** a reconocer a la demandante la pensión de vejez, a partir del 13 de enero de 2018, de conformidad con lo establecido en el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, pero con la aclaración que el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, pues no encuentra demostración en el proceso el retiro del sistema para acceder desde aquella data a la prestación económica reclamada. Además, para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

Aclarando que para efectos del reconocimiento ordenado Colpensiones deberá tener en cuenta que la actora causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a 13 mesadas pensionales al año.

15. Intereses moratorios. Sentado lo anterior, esta Sala debe precisar que con arreglo al artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1 de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esa ley, la entidad correspondiente reconocerá y cancelará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente para el momento en que se efectúe el pago. Aplicado lo anterior al presente asunto, es claro que Colpensiones no ha entrado en mora en el pago de mesadas pensionales dado que, si bien la causación del derecho pensional lo fue el 13 de enero de 2018, el disfrute de esta lo será a partir del día en que la demandante se desafilie del sistema, por lo que resulta evidente que no se causado mesadas pensionales y, por ende, la mora alegada. En ese orden se absolverá a la encartada de dicha pretensión.

16. Excepción de prescripción. Cumple recordar que la prescripción está reglamentada en los artículos 488, 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., mediante las cuales disponen que las acciones que emanan de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde la respectiva obligación se haya hecho exigible y que el simple reclamo por escrito del trabajador sobre un derecho o prestación debidamente determinado interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Cabe agregar, que dada la naturaleza periódica o de tracto sucesivo y vitalicia de las pensiones, la prescripción resulta viable, exclusivamente, respecto de los créditos o mesadas pensionales que no se hubiesen solicitado dentro de los tres años anteriores al momento en que se presente la reclamación del derecho, criterio que ha sido sostenido insistentemente por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL2662-2019. Situación está que no acontece en el presente asunto, toda vez que como se indicó el disfrute de la pensión de vejez reclamada será a partir de la fecha en que realice la última cotización efectiva, lo cual no ha sucedido y, por tanto, no se han causado mesadas pensionales adeudadas.

En consecuencia, no se configuró el medio exceptivo propuesto y así se declarará.

17. Demás excepciones: Por el resultado obtenido en las consideraciones atrás mencionadas, se declaran no probadas las demás excepciones, pues a la demandante le

resultó probado el derecho a la pensión de vejez petitionada, en los términos aquí señalados.

18. Costas. En ambas instancias a cargo de las demandadas, de conformidad con el numeral 4° del artículo 365 del C.G.P.

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 abril de 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 30 de junio de 1994 a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, por concepto de gastos administración en que hubiere incurrido, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima desde el momento en que se surtió la afiliación hasta el momento en que la actora decidió trasladarse a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, de conformidad con lo motivado.

CUARTO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ**, como cotizaciones, rendimientos, comisiones, bonos pensionales, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

SEXTO: DECLARAR que la señora **MARTHA CECILIA CANCELADO DÍAZ**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, en 13 mesadas pensionales, a partir del 13 de enero de 2018, conforme la parte motiva de esta providencia.

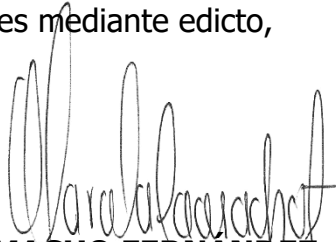
SÉPTIMO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a pagar a la demandante la pensión de vejez conforme a los parámetros del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, en trece mesadas pensionales, pero el disfrute efectivo de la misma se hará a partir de la fecha de desafiliación del sistema, teniendo en cuenta para su liquidación hasta la última

semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda según el art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, la que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

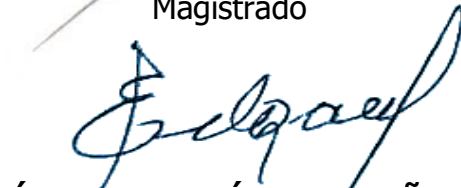
OCTAVO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

NOVENO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

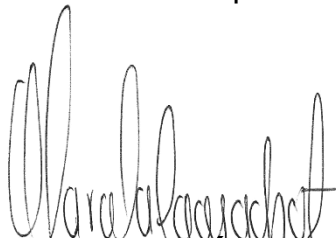

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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 cada una de las demandadas el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.


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: MARTHA CECILIA AJIACO MARTÍNEZ
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 26-2021-00036-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martha Cecilia Ajiaco Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías, con el propósito de que se declare la nulidad e ineficacia del traslado al RAIS y, en consecuencia, se ordene al fondo de pensiones privado trasladar a Colpensiones la totalidad de dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales. Así mismo, se condene a Colpensiones recibirla sin solución de continuidad, además, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició sus cotizaciones al ISS, hoy Colpensiones desde el 2 de abril de 1993 y hasta el 19 de julio de 2001, data en la que se trasladó al RAIS. Refirió que Colfondos S.A. no le brindó la información suficiente y necesaria para realizar el traslado, de ahí que no exista consentimiento libre y voluntario. (Expediente electrónico, PDF. 001. Demanda y Anexos).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF. 008. NOTIFICACIÓN AGENCIA-20214010838692); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que el traslado al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, cumpliendo la afiliación con todos los presupuestos legales. Refirió que la nulidad de la afiliación al RAIS, se encuentra prescrita, de conformidad con el artículo 151 del CPTSS. En su defensa formuló las excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Expediente electrónico, PDF. 005. Contestación demanda Colpensiones).

3.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que le brindó a la actora asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora, además, informó

sus ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes y le indicó los parámetros propios de dicho régimen para el cálculo de la pensión de vejez.

Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos. (Expediente electrónico, PDF. 004. Contestación demanda Colfondos).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de diciembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró ineficaz el traslado efectuado por la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del año 2001 y, en consecuencia, condenó Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías transferir a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por aquella, junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración. Ordenó a Colpensiones que acepte la transferencia y contabilice para efectos pensionales las semanas cotizadas por la actora. Por último, gravó en costas al fondo de pensiones.

Para arribar a tal decisiva indicó que en virtud de lo previsto en los artículos 13, literal B 271 de la ley 100 de 1993 y según el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre voluntaria, se debe poner en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez y los beneficios que obtendría, siendo deber de la entidad demostrar que garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad, autonomía y consciente.

Recordó que el Alto Tribunal señala que el simple consentimiento y la firma en el formulario de afiliación, es insuficiente para demostrar la asesoría brindada al momento de la suscripción, tampoco da cuenta de que efectivamente recibió una asesoría clara y suficiente sobre las características y diferencias entre uno y otro régimen pensional. Así las cosas, de las pruebas recaudadas evidenciaban que cuando el actor se trasladó al régimen de ahorro individual se plasmó su consentimiento en el formulario afiliación, pero no precedido de una debida información respecto a las características propias de ese régimen. Dedujo que el demandante no recibió información clara, suficiente y oportuna respecto a las características propias del régimen de ahorro individual; razón por la cual debía declarar ineficaz el acto de traslado efectuado por aquel.

5. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y la AFP 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, suministro la totalidad de 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.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problema jurídico. 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) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de 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 el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 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.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Martha Cecilia Ajiaco Martínez se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 2 de abril de 1993, con cotizaciones hasta el 8 de junio de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por misma entidad; quien suscribió formulario de afiliación con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 19 de julio de 2001, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

5. 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 y no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación**, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993. Por último, 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 este, sino a la administradora de fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, entregando diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de la AFP codemandada, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la AFP accionada, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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 información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: "...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces" (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 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, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, así como comisiones, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por la A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Costas en segunda instancia. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera 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: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 7 de diciembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** devolver a Colpensiones comisiones y porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por la A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Édgar', with a stylized flourish extending from the end.

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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: JORGE ENRIQUE CUERVO CAICEDO
Demandadas: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 37-2019-00915-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Enrique Cuervo Caicedo instauró demanda ordinaria contra AFP Porvenir S.A. y Colpensiones con el propósito de que se declare la nulidad del traslado y afiliación al RAIS, ya que existen vicios del consentimiento en tanto que el fondo de pensiones no la asesoró para escoger la mejor opción. En consecuencia, pidió que se ordene a la AFP Porvenir S.A. trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; a Colpensiones a recibir los dineros, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó al ISS desde mayo de 1978 hasta noviembre de 1994, sin embargo, por solicitud de su empleador el 24 de octubre de 1995 atendió la visita de un asesor de Colpatria hoy AFP Porvenir S.A., donde se le indicó que el Seguro Social iba a quebrar y que sus aportes se perderían, de tal manera que los fondos privados era la única solución para seguir cotizando. Refirió que desde el 24 de octubre de 1995 se afilió al citado fondo privado, con una información escasa, confusa, no oportuna ni confiable y con una presión e intervención indebida por parte del empleador en complicidad con el asesor comercial del citado fondo. (Expediente electrónico, PDF Proceso Ordinario. 2019-00915, págs. 2 a 24).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF Proceso Ordinario. 2019-00915, págs. 74 y 75); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de demanda

3.1. Colpensiones. Presentó contestación de la demanda con oposición a todas y cada de las pretensiones aduciendo que el demandante se trasladó de régimen pensional, con pleno conocimiento, sin que concurrieran causales de nulidad que invaliden el acto jurídico celebrado; por lo tanto, la afiliación en el RAIS fue libre y voluntaria de manera que no procede el traslado del contenido de la cuenta de ahorro individual, además, porque se encuentra inmerso en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó el 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 e innominada. (Expediente electrónico, PDF Proceso Ordinario. 2019-00915, págs. 77 a 100)

3.2. AFP Porvenir S.A. En su contestación al libelo demandatorio se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra señalando que la vinculación del demandante con Colpatria fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en el artículo 60 de la Ley 100 de 1993. Indicó que no es procedente declarar la nulidad por cuanto no existieron vicios en el consentimiento, ni se evidencia causa y objetos ilícitos. En su defensa propuso las excepciones de mérito, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF Proceso Ordinario. 2019-00915, págs. 77 a 214)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de enero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado del RPMPD al RAIS administrado en su momento por la AFP Colpatria, con fecha de suscripción el 5 de mayo de 1995, por tanto, válida su afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. En consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con el reconocimiento de los rendimientos. Se abstuvo de condenar en costas a las demandadas.

Para arribar a tal determinación dijo que desde la Ley 100 de 1993, se contempló la obligación del deber de información, ello en virtud de la interpretación extensiva que se hizo sobre el literal "B" del artículo 13, de tal manera que sólo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de manera precedente fue debidamente informado sobre las condiciones de su decisión; obligación exigida además en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Refirió que se determinó el marco fáctico mínimo que debe cumplirse para el traslado, consistente en la información relacionada con la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Dijo que el formulario de afiliación no es prueba suficiente de cumplimiento del deber de información, pues del mismo puede colegirse la voluntad del afiliado, pero no puede evidenciarse del mismo la debida información para la toma de la decisión. Por lo anterior, adujo que en su calidad de administradoras tienen la obligación de cumplir su objeto social con debido cuidado y vigencia, por lo que por aplicación subjetiva de lo dispuesto por el artículo 1604 del Código Civil, deben demostrar que así actuaron. Continuó con el análisis de los formularios de afiliación anteriormente indicados, advirtiendo que de su revisión formal se observa su validez a la luz de lo dispuesto por el artículo 11 del Decreto 692 del año 1994, sin embargo, los aludidos documentos no resultan elementos suficientes para acreditar el deber de información, pues la información suministrada sin la explicación pertinente no puede entenderse como satisfactoria.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, quien indicó respecto del deber de información que recae en cabeza de la administradora de pensión, que la codemandada no desconoció su existencia desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 663 de la misma anualidad. Sin embargo, resaltó que dicho deber se intensificó con la expedición de la Ley 1328 de 2009, en donde se convierte en un deber de asesoría y buen consejo, por lo que no es dable aplicar las mismas formalidades en la asesoría previa al traslado.

Refirió que, si bien en la primera afiliación a la AFP Colpatria no se cumplió con el deber de información, no obstante, se subsanó con la siguiente afiliación a la AFP Porvenir S.A.

en el año 1996, pues al suscribir el formulario se observa el consentimiento de la parte contratante, sin vislumbrarse un vicio, mismo que puede ser saneado con el paso del tiempo, tal como lo establece el artículo 1754 del Código Civil. Refirió que se saneó cualquier vicio con la ratificación tácita del demandante al permanecer en el régimen de ahorro individual con solidaridad por más de 20 años, quien tenía todos los mecanismos de divulgación o de contacto con su AFP y nunca lo hizo, sino, cuando ya estaba *ad portas* de cumplir la edad para pensionarse.

Sostuvo que el principio de sostenibilidad financiera contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, se quebranta por el eventual traslado del régimen pensional del actor, dada la variación porcentual de la destinación del aporte en ambos regímenes pensionales y la falta de contribución del demandante al fondo común.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. En su escrito de alegaciones refirió que al no ser informada de manera oportuna, certera, confiable y veraz por parte de la AFP, perdió la oportunidad de ser trasladado en el momento oportuno y poder adquirir una pensión acorde a las condiciones de su vida actual.

6.2. AFP Porvenir S.A. Refirió 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. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.3. Colpensiones. Alegó en su favor aduciendo que el actor se encuentra inmerso en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Dijo que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora el demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. 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) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de 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 el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Jorge Enrique Cuervo Caicedo, se afilió a la otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 24 de febrero de 1995, con cotizaciones hasta el 30 de octubre de 1995, conforme a la historia laboral expedida por la misma entidad; quien el 5 de agosto de 1995 suscribió formulario de afiliación con AFP Colpatría y el 16 de mayo de 1996 se vinculó a la AFP Porvenir S.A., entidad donde se encuentra actualmente. Los anteriores supuestos fácticos no fueron controvertidos por las partes.

5. 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 y 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. Por último, 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 fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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 la AFP debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre 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 codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

En este punto, debe dejarse claro 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 (...)".*

En adición a lo anterior, 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 pre-impresa 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 la postura de las AFP 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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 cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo. Se debe indicar respecto 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 demandante 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 sólo 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.

7. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del **porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** (CSJ SL 2208-2021 y SL 1637-2022).

Ahora, como en la sentencia de primer grado no se condenó a devolver los gastos de administración, comisiones y la devolución de porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Así mismo, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se adicionará la sentencia en este tópico.

9. 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.

10. Costas en segunda instancia. 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.

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

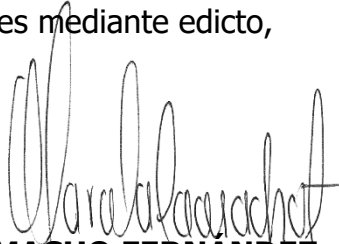
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de enero de 2022, por el Juzgado Treinta y siete Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones las comisiones, gastos administrativos y los porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, inclusive durante el tiempo de permanencia del actor la **AFP COLPATRIA S.A.**, disponiendo que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

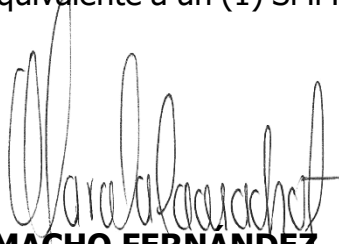


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 la demandada Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SUSAN CATHERINE GONZÁLEZ VELASCO
Demandado: PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL
INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL LIQUIDADO – PAR ISS -,
SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA
S.A.
Radicado No.: 19-2015-00074-01
Tema: CONTRATO REALIDAD– APELACIÓN DEMANDADA-
MODIFICA Y REVOCA PARCIALMENTE.

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Susan Catherine González Velasco instauró demanda ordinaria contra Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS – PAR ISS– siendo su vocera y administradora Fiduagraria S.A., con el propósito de que se declare que con el Instituto de Seguros Sociales existió un contrato de trabajo entre el 5 de octubre de 2009 y el 31 de julio de 2011 y, en consecuencia, se condene al pago de indemnización moratoria y subsidiariamente a la indexación de las sumas ordenadas, cesantía y sus intereses convencionales, vacaciones, prima de vacaciones convencional, prima de servicios convencional, prima de navidad legal, auxilio de alimentación convencional, auxilio de transporte convencional, aportes al sistema de seguridad social, nivelación salarial y subsidiariamente el incremento salarial y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó sus servicios personales al ISS entre el 5 de octubre de 2009 al 31 de julio de 2011, cumpliendo funciones propias del cargo de Técnico en el Centro de Atención al Pensionado Cedritos ISS. Indicó que su vinculación se dio a través de sucesivos contratos de prestación de servicios personales, nexos que finalizó por mutuo acuerdo entre las partes, además, refirió que desempeñó funciones propias y ordinarias de la entidad, cumpliendo horario y reglamentos, utilizando elementos de trabajo que le suministraba ésta. Agregó que en el ISS existía personal vinculado mediante contrato de trabajo que prestaba labores en condiciones idénticas a las que tenía, a quienes se les reconocía prestaciones legales y convencionales como trabajadores oficiales del Estado. (Expediente digital, PDF. 1. PROCESO 2015-074, págs. 196 a 208).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF. 1. PROCESO 2015-074, págs. 215); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS – PAR ISS– siendo su vocera y administradora Fiduagraria S.A. En auto calificado 13 de septiembre de 2017, se tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF. 1. PROCESO 2015-074, pág. 217).

3.2. Ministerio público. Convocado al proceso mediante providencia del 9 de abril de 2018 (Expediente digital, PDF. 1. PROCESO 2015-074, pág.221), presentó la excepción de prescripción y solicitud probatoria.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de junio de 2022, en la que la falladora declaró que entre la actora y el ISS existió un vínculo laboral regido por un contrato de trabajo vigente, cuyos extremos corresponden entre el 5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011, devengando un salario de \$921.256, en el cargo de auxiliar administrativo. En virtud de ello, condenó a la accionada a reconocer y pagar de manera indexada cesantías e intereses a las mismas, prima de servicios convencional, prima de vacaciones, vacaciones convencionales y auxilio de transporte. De la misma forma, condenó a la encartada por concepto de indemnización moratoria la suma de \$30.708 diarios desde el 28 de octubre de 2011, es decir, 90 días después de finalizado el vínculo laboral y hasta el 31 de marzo de 2015, fecha en la que se dio por terminada la existencia del ISS, mediante acta final publicada en el diario oficial 49470 del mismo día, suma que debía ser debidamente indexada.

Ordenó a la pasiva cotizar al subsistema de seguridad social en pensiones el porcentaje que corresponda de los aportes como empleador, con base en el salario acreditado en juicio, como excedente entre el valor consignado por la trabajadora y el monto que se desprenda de aplicar como IBC el salario real devengado por la misma, entre los extremos temporales declarados, para lo cual ordenó solicitar al fondo al cual se encuentre afiliada el cálculo actuarial, con el fin de que la demandada efectúe el pago. Declaró no probada las excepciones propuestas y gravó en costas a la pasiva.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, se propuso verificar si el vínculo contractual que unió a la actora con el ISS se rigió por un contrato de prestación de servicios regulado por la Ley 80 de 1993 o si por el contrario mediante un contrato de trabajo, caso en el cual se entraría a establecer si le asiste el derecho al pago de todas las pretensiones e indemnizaciones deprecadas en la demanda. Con tal propósito y luego de citar lo dispuesto en los artículos 2º, 3º y 20º del Decreto 2127 de 1945, Ley 80 de 1993, apartes jurisprudenciales de las sentencias C-154 de 1997 y el Radicado 44160 de 2013, 25456 de 2005, indicó que no existe controversia entre las partes respecto de la existencia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre la demandante y el ISS, cuyos extremos se dieron entre el 5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011, dada la finalización del nexo por mutuo acuerdo y la remuneración que ascendió a \$921.256.

En efecto, tras valorar el interrogatorio de parte que surtió la promotora del litigio, las declaraciones que rindieron la testigo Diana Carolina Hernández Anzola y Andrea del Socorro Pino Castillo y la certificación que expidió la encartada, dijo que la demandante prestó un servicio personal a la accionada, motivo por el cual debe aplicar lo consagrado en el artículo 20º del Decreto 2127 de 1945, es decir, la presunción de subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, misma que adujo no fue desvirtuada por la pasiva y, por el contrario, en armonía a los medios de convicción, daba cuenta de que la demandante prestó sus servicios en la entidad, utilizando los elementos de trabajo suministrados por el ISS, ejerciendo labores en sus instalaciones, bajo una continua dependencia y subordinación y, teniendo una remuneración.

Refirió que la actora no actuó con independencia técnica y autonomía administrativa, no resultando lógico ni razonable que en desarrollo de un contrato de prestación de servicios se impongan obligaciones, como que debía cumplir un horario. Por lo anterior, indicó que debía declarar la relación laboral dentro de los anteriores hitos temporales, con una remuneración de \$921.256. Frente a la convención colectiva de trabajo expuso que la demandante es beneficiaria de la misma, al no haber renunciado expresamente a esos beneficios, por tanto, puede invocarlos como en esta oportunidad lo hace.

Atinente a la nivelación salarial adujo que no se determinó “*frente a que pares en sus mismas condiciones surgidas e igualdad salarial que permitiera equiparar su salario, colaborar en el mismo cargo, ni tampoco cuál era la asignación mensual de quien igual cargo que ella devengaba o uno superior, en aplicación del principio de la carga de la prueba*”, razón por la cual debía absolver a la demandada de esta súplica. Respecto del reajuste salarial advirtió que a pesar de que en el expediente milita la tabla histórica de salarios, para que proceda la condena era indispensable establecer en cuál de aquellos cargos se encontraba la aquí demandante, al punto que no se logra establecer cuál eran los cargos de planta que contaba el ISS a efectos de ubicar en alguno de ellos a la accionante como ayudante, auxiliar y técnico.

En relación con la excepción de prescripción expuso que la misma no operó frente a los derechos aquí reclamados en razón a que la relación laboral terminó el 28 de julio de 2011 y la reclamación administrativa se realizó el 4 de febrero de 2013, mientras que la presentación de la demanda se dio el 21 de enero de 2015, de manera que no transcurrió el término trienal. En lo tocante a la prima de navidad manifestó que la misma no procede dado a que esta se asimila a la prima de servicios establecida en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo reconocida, de allí que haya lugar a fulminar condena por ese concepto.

La misma suerte corrió el auxilio de alimentación convencional, precisando que la gestora de la litis no logra establecer que su cargo se encontrara en lo que refiere la norma extralegal, pues no aportó el escalafón de grados para los cargos al interior del ISS que así lo permitiera corroborar para hacerse merecedora de ese beneficio. En lo que atañe a los aportes a seguridad social dijo que los mismos corresponden efectuarlos al empleador conforme al salario realmente devengado por la misma, debiéndose por tanto condenar a la encartada a la diferencia en el porcentaje que le correspondía como empleador con base en el salario acreditado. (Expediente digital, audio 08AudienciaFallo)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación arguyendo que el real salario de la actora estipulado en los contratos de prestación de servicios era de \$987.061, de manera que se equivocó la juzgadora de primer grado al liquidar las prestaciones con un salario menor, más aún cuando la convención colectiva de trabajo plantea otros factores salariales a la hora de liquidar las acreencias laborales fulminadas. Frente a la prima de navidad esbozó que tuvo un cambio jurisprudencial importante, como lo fue en la sentencia SL 274 de 2022, pues allí se establece que la misma es concurrente con la prima de servicios convencional, debiendo por tanto ser condenada.

Atinente a los incrementos salariales dijo que están estipulados en el artículo 40 de la convención colectiva de trabajo, por lo que tiene derecho a ser beneficiaria de la misma. Respecto de los aportes al sistema de seguridad social sostuvo que, si bien fue ordenado su pago, también lo es que la pretensión 11º de la demanda se restringe a lo que tuvo

que pagar por dicho concepto, debiéndose ser reintegrado ya que canceló de su propio patrimonio el 100% de la cotización. Indicó frente a la nivelación salarial que *"no exige inexorablemente probar una nivelación, como lo así lo entendió el juzgado, en realidad esta pretensión lo que indica es que demostrado una situación que el demandante trabajador, si bien no tenía un cargo, escalafón salarial, sino, que se demostrará que tuvo unas funciones de técnico o de auxiliar, tenía acceso a ese auxilio, así lo establece la convención colectiva de trabajo, así también lo establece la respuesta al derecho de petición que se le hizo al PAR ISS en su momento (...) y en donde establece, ahí cuales son los montos para pagar esos auxilios de transporte, alimentación"*. (Expediente digital, audio 08AudienciaFallo)

5.2. Demandada. Como sustento de su alzada adujo que el PAR ISS es vocera y administra el extinto ISS, de manera que la accionante no puede ser beneficiaria de las acreencias laborales ordenadas, dado a que la misma en su momento firmó diferentes contratos de prestación de servicios, los cuales estaban revestidos de legalidad, ya que se suscriben con una remuneración en honorarios, mismos que fueron cancelados de manera puntual. Adicionó que la actora nunca fue afiliada a Sintraseguridad, texto extralegal que finalizó con la extinción del ISS, aunado que no ha desconocido derechos adquiridos, en tanto que canceló sus honorarios de acuerdo con el nexa que tenía firmado.

(Expediente digital, audio 08AudienciaFallo)

6. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que no puede concurrir al presente proceso como una persona jurídica obligada con el actor y menos responder con su patrimonio por las posibles condenas, cuando se trata de una administradora y vocera del P.A.R. I.S.S. - Patrimonio Autónomo de Remanentes. Refirió que entre la entidad y la actora no existió un contrato de trabajo durante los periodos enunciados por aquella.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por las partes 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 la encartada en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El Instituto de Seguros Sociales, fungió como empleador de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas? De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar sus extremos temporales, salario y (ii) ¿si tiene derecho al reconocimiento y pago de las acreencias laborales expuestas en el libelo primigenio?

3. Existencia del contrato de trabajo – Primacía de la realidad y la calidad que ostentaba la demandante. Cumple recordar que el artículo 32 de la Ley 80 de 1993, autoriza a la administración pública a la celebración de contratos de prestación de servicios para el desarrollo de actividades relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad contratante, exigiendo para su celebración, que dichas actividades no puedan realizarse por el personal de planta y que requieran de conocimientos especializados; casos en los cuales no se generará ningún tipo de relación laboral, ni de prestaciones sociales, por lo que el contrato se deberá celebrar por un término que sea el estrictamente indispensable.

Ahora, el contrato de trabajo a la luz de lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 2127 de 1945, se entiende como aquella *"relación jurídica entre el trabajador y el patrono, en razón*

de la cual quedan obligados recíprocamente, el primero, a ejecutar una o varias obras o labores, o a prestar personalmente un servicio intelectual o material, en beneficio del segundo y bajo su continuada dependencia y este último a pagar a aquella cierta remuneración.”

Así mismo, dicho decreto en su artículo 2° señala que para que se configura una relación de índole laboral, se debe concurrir tres presupuestos:

- 1) actividad personal del trabajador;
- 2) dependencia del trabajador respecto del empleador, que le otorga a éste la facultad de imponer un reglamento, dar órdenes y vigilar su cumplimiento;
- 3) Un salario como retribución del servicio.

Reunidos estos tres presupuestos, el contrato de trabajo no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni por las condiciones particulares que le asigne el patrono, tampoco por las modalidades de la labor, el tiempo que en su ejecución se invierta, el sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador, la naturaleza de la remuneración, sea en dinero o en especie, ni del sistema de pago o de cualquier otra circunstancia, tal como lo dispone el artículo 3° de la mencionada normatividad.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-154 de 1997, oportunidad en la cual efectuó el estudio de constitucionalidad del numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993; señaló cuales eran las **características del contrato de prestación de servicios** y sus diferencias con el contrato de trabajo; *indicando que la contratación de prestación de servicios se puede efectuar cuando las actividades de la administración no puedan desarrollarse con personal de planta o cuando sea necesaria la ejecución de labores por parte de una persona natural en razón de su experiencia, capacitación y formación profesional*, prestación que si bien está relacionada con actividades inherentes al funcionamiento de la entidad, ***debe ser temporal y existir autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico***, pues esta característica constituye el elemento esencial de dicho contrato y significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad para la ejecución del contrato y la realización de la labor.

Adicionalmente, no puede perderse de vista que de conformidad con el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, se presume la existencia de contrato de trabajo entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe y aprovecha, correspondiéndole a este último desvirtuar la presunción. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente, que las actividades no podían desarrollarse con el personal de planta o que las labores contratadas requerían de conocimientos muy especializados que hicieran imperioso aplicar la modalidad contractual regida por la Ley 80 de 1993, ello con miras derruir la presunción antes señalada, sin que para **ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente, tal y como fue señalado en sentencia C-665 de 1998.**

Dicha presunción al igual tiene pleno respaldo en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, a propósito, en sentencia SL11896-2017, en la que explicó:

"Para que en un juicio laboral se pueda afirmar la existencia de un contrato de trabajo, se requiere que esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, así como también la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo. No obstante, en los casos en que se encuentre debidamente comprobada la prestación personal del servicio, no es necesaria la acreditación de la citada subordinación con la producción de la respectiva prueba, pues en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal consagrada en el artículo 24 del CST, y

que en nuestro caso por tratarse de un trabajador oficial corresponde al artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, el cual enseña: "El contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier servicio personal y quien lo recibe o aprovecha; corresponde a este último destruir la presunción".

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que conforme al haz probatorio adosado al plenario se desprende, sin lugar a equívocos, que se encuentra demostrada la prestación personal del servicio de la señora Susan Catherine González Velasco a favor del extinto Instituto de Seguros Sociales, como dan cuenta los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes y la certificación calendada 3 de enero de 2011, durante el periodo que se relaciona a continuación:

No. Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Valor Mensual
5000015492	5/10/2009	12/11/2009	\$ 937.974
5000017285	13/11/2009	30/06/2010	\$ 937.974
5000017886	1/07/2010	30/11/2010	\$ 956.733
5000021456	1/12/2010	31/03/2011	\$ 956.733
5000023137	1/04/2011	31/10/2011	\$ 956.733

En los citados contratos de prestación de servicios, se obliga la demandante, entre otras cosas:

ACTIVIDADES: 1-RECIBIR FISICAMENTE Y VIA AFE LOS EXPEDIENTES REMITIDOS POR EL CENTRO DE DECISION. 2-ORGANIZAR ALFABETICAMENTE LOS EXPEDIENTES EN EL ARCHIVO DEL CAP. 3-GENERAR LAS CITACIONES QUE DEBEN REMITIRSE POR CORREO CERTIFICADO UNA VEZ CONFIRMADA LA NOMINA. 4-RECIBIR Y DIRECCIONAR LOS RECURSOS INTERPUESTOS POR LOS ASEGURADOS. 5-REMITIR LOS EXPEDIENTES NOTIFICADOS QUE CORRESPONDAN A LOS GRUPOS DE MEDICINA LABORAL Y REINTEGROS. 6-ENVIAR LOS EXPEDIENTES DEBIDAMENTE NOTIFICADOS AL ARCHIVO DE HISTORIA LABORAL. 7-GENERAR Y PUBLICAR LOS EDICTOS CORRESPONDIENTES A LOS ASEGURADOS QUE NO ATENDIERON EL LLAMADO A LA NOTIFICACION PERSONAL, PROYECTANDO FIJAR UN EDICTO POR MES. 8-EN LA ACTIVIDAD, DESCRITA EN EL NUMERAL ANTERIOR, SE DEBERA GUARDAR LOS RESPECTIVOS EXPEDIENTES Y EN EL CASO QUE NO SE PRESENTEN LAS PERSONAS EN EL TERMINO DE UN MES DEBERA ENVIAR EL RESPECTIVO EXPEDIENTE AL ARCHIVO. 9-EN LOS CASOS EN QUE HAYA LUGAR A FIJAR EDICTOS DE ACTOS ADMINISTRATIVOS PROCEDENTES DE PRESTACIONES ECONOMICAS YA INCLUIDAS EN NOMINA, UNA VEZ DESFIJADO EL EDICTO SE DEBERA REMITIR AL DEPARTAMENTO DE NOMINA CORRESPONDIENTE. 10-ENVIAR AL GRUPO QUE CORRESPONDA (ARCHIVO, CDD, PLAN CHOQUE, BONOS, REINTEGROS) LOS EXPEDIENTES CUYOS ACTOS ADMINISTRATIVOS HAYAN SIDO NOTIFICADOS POR EDICTO. 11-RECEPCIONAR Y ABRIR LA CARPETA CORRESPONDIENTE A LAS SOLICITUDES DE PRESTACIONES ECONOMICAS EN ADECUADA FORMA, ASI COMO EL CARGUE DE LA INFORMACION EN EL SISTEMA AFE CUANDO HAYA LUGAR A ELLO. 12-PROYECTAR LA FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONCLUIDA LA VIA GUBERNATIVA, O CUANDO RENUNCIE EL INTERESADO A TERMINOS. 11-MANTENER LA DEBIDA RESERVA Y DISCRECION DE LOS ASUNTOS QUE CONOZCA EN RAZON DE SUS ACTIVIDADES. 12-REFRENDAR LA FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS CONCLUIDA LA VIA GUBERNATIVA, O CUANDO RENUNCIE EL INTERESADO A TERMINOS. 13-MANTENER LA DEBIDA RESERVA Y DISCRECION DE LOS ASUNTOS QUE CONOZCA EN RAZON DE SUS ACTIVIDADES. 14-CUMPLIR OPORTUNAMENTE CON LOS INFORMES DE ACTIVIDADES ANTE EL INTERVENTOR DEL CONTRATO. 15-RESPUESTA DERECHOS DE PETICION, ENTES DE CONTROL, DESPACHOS JUDICIALES, RESPUESTA ACCIONES DE TUTELAS Y TRAMITE DE LAS MISMAS. 16-CEDER AL INSTITUTO LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE LOS PROGRAMAS DE COMPUTADOR DESARROLLADOS PARA EL CUMPLIMIENTO DEL OBJETO CONTRACTUAL, REALIZADOS DURANTE LA VIGENCIA DE ESTE CONTRATO. 17-CUMPLIR CON LAS OBLIGACIONES DESCRITAS EN LOS NUMERALES ANTERIORES, DE CONFORMIDAD CON LA PROGRAMACION ESTABLECIDA POR EL SEGURO SOCIAL-PENSIONES, ASISTIR A TODAS LAS REUNIONES PROGRAMADAS POR EL SEGURO SOCIAL-DEPARTAMENTO SECCIONAL PENSIONES PARA DEBATIR TEMAS ESPECIFICOS RELACIONADOS CON EL ESTUDIO Y DECISION DE PRESTACIONES ECONOMICAS QUE TIENDAN A FIJAR LINEAMIENTOS. 18-CUMPLIR CON LOS DESPLAZAMIENTOS PROGRAMADOS POR LA VICEPRESIDENCIA A LAS DIFERNTES SECCIONALES DEL PAIS CUANDO EL NEGOCIO DE PENSIONES LO REQUIERA SIEMPRE Y CUANDO SE RELACIONE CON LAS OBLIGACIONES OBJETO DEL CONTRATO. 19-RESPONSABILIZARSE DE LOS ELEMENTOS DEVOLUTIVOS QUE LE ASIGNE EL INSTITUTO PARA EL DESARROLLO DE SUS OBLIGACIONES CONFORME A LA RELACION DE LOS MISMOS QUE SE HAGA EN EL MOMENTO DEL INICIO DE SUS ACTIVIDADES, HACER BUEN USO DE ELLOS Y DEVOLVERLOS A LA TERMINACION DEL CONTRATO. LAS DEMAS ACTIVIDADES QUE LE SEAN ASIGNADAS EN EL INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL POR NECESIDAD DEL SERVICIO.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la gestora de la litis al servicio del ISS Liquidado, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo contenida en el artículo 20 del Decreto 2127 de 1945, la cual, de entrada, se advierte no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el

actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la pasiva desde la contestación de demanda.

En este punto, importa destacar que sólo están exentos de la relación laboral, aquellos servicios que “*requieran de conocimientos especializados*” conforme al numeral 3 del artículo 32 de la Ley 80 de 1993, sin que pueda decirse que las funciones especificadas precedentemente requirieran de este tipo de conocimiento, entendiéndose por éste, aquellos que no se limitan a la formación universitaria, sino que van más allá de la educación formal que imparten estos centros educativos, es decir, que requieren altos estudios y experiencia particularísima. Por lo que, en el presente caso, forzoso es concluir que la prestación personal de servicio atendida por la demandante no es especializada, por demás está que la demandada no demostró los títulos de idoneidad o especialidad exigidos a aquella para acceder al cargo.

Bajo ese contexto, al no lograr la enjuiciada desvirtuar la presunción en su contra, es claro que la relación se desarrolló bajo las condiciones propias de un contrato de trabajo, además, la realidad que aflora de la documental analizada es que la demandante prestó sus servicios y estuvo subordinada a dicho departamento, por manera que, no se equivocó la Juez de primer grado al concluir, no solo la inexistencia de medio de convicción con que derruir la presunción legal establecida, sino, además, que la prestación del servicio se hizo bajo subordinación jurídica de la entidad, pues a esta conclusión se arribó después del análisis de la documental que hace parte del caudal probatorio, misma que indica que la funciones que desempeñó sí implican la adopción de directrices de la pasiva, pese a la mención que se hizo en los contratos, esto es,, que se hacía desprovista de cualquier elemento subordinante.

Aquí llama la atención de la Sala, que la actividad que ejerció la actora a favor de la entidad no fue temporal, excepcional o transitoria, pues, no otra cosa podría deducirse de la multiplicidad sucesiva de contratos de prestación de servicio que firmaron las partes, desvirtuando la presunción que dice la censura que contiene la Ley 80 de 1993. En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la CSJ, en sentencia SL981-2019, se dijo al respecto:

"la vigencia del contrato debe ser por el tiempo necesario para ejecutar el objeto contractual convenido. Se trata mediante esta figura de afrontar situaciones especiales relacionadas con la administración o funcionamiento de la entidad, por tanto, la temporalidad y excepcionalidad de la contratación es de la esencia de este tipo de contratos. En este sentido, cuando las actividades atendidas a través de esta clase de vinculación demanden una permanencia superior o indefinida, de modo tal que se desborde su transitoriedad, es necesario que la entidad contemple en su respectiva planta los cargos necesarios para desarrollarlas."

Así las cosas, en ningún dislate incurrió la Juez primigenia al considerar que el ente ejercía poder subordinante que, sumado a la prestación personal del servicio y al pago de una suma mensual, no dejan duda de la existencia del contrato de trabajo. Aunado a que, como se vio, la realidad demuestra que la actividad desarrollada por la actora se ejecutó bajo una verdadera relación contractual laboral, como quiera que la función ejercida no comportaba autonomía e independencia en su realización, es decir, que no contaba con ese marco de libertad bajo el que supuestamente fue contratada durante varios años, signo indicativo que siempre estuvo bajo la continuada dependencia, y aspecto que no sobra precisar, fue corroborado por las testimoniales de las señoras Diana Carolina Hernández Anzola y Andrea del Socorro Pino Castillo, traídas por la actora, quienes en forma coherente y precisa indicaron la necesidad específica de la entidad de contar con

sus servicios personales, prestación que se hacía bajo directrices y bajo una inclemente subordinación.

Concluyendo que la suscripción de contratos de prestación de servicios, por sí sola, no prueba que el tipo de vinculación estuviera atado a la inexistencia de poder subordinante, tal como lo pretende hacer valer la recurrente, por lo que esas condiciones, se sigue mantener la decisión que tomó la A quo.

3.1. Extremos temporales de la relación. La juzgadora de primera instancia tuvo como hitos temporales del 5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011, lo cual, se sigue mantener pues así se desprende no solo de la certificación atrás referida y contratos de prestación de servicios relacionados, sino, también del mutuo acuerdo entre las partes para finalizar el nexo laboral, en los que se avizora, además, la continua prestación de servicios de la gestora del proceso, sin ninguna clase de interrupción dentro dicho lapso.

3.2. Salario. Respecto de la remuneración debemos acudir al contenido de los contratos de prestación de servicios y de la certificación adiada 3 de enero de 2011, misma que ascendió a las siguientes sumas:

No. Contrato	Fecha Inicial	Fecha Final	Valor Mensual
5000015492	5/10/2009	12/11/2009	\$ 937.974
5000017285	13/11/2009	30/06/2010	\$ 937.974
5000017886	1/07/2010	30/11/2010	\$ 956.733
5000021456	1/12/2010	31/03/2011	\$ 956.733
5000023137	1/04/2011	31/10/2011	\$ 956.733

Por tal razón, le asiste razón a la recurrente cuando reprochó de la falladora primigenia la determinación de la suma de \$921.256 como valor de su salario, en tanto, se observa de las documentales atrás vertidas que la promotora de la litis devengaba una remuneración salarial superior a la declarada. Por consiguiente, debe ser modificada la sentencia de primer grado en lo que atañe a este punto de apelación, así como la liquidación de las prestaciones legales y convencionales que impartió.

3.3. Calificación de la naturaleza del vínculo. Con respecto a la calificación de la naturaleza del vínculo que une a una persona con la entidad oficial a la cual presta servicios de índole laboral, se recuerda que no puede ser determinada por la voluntad de las partes o por la clase de acto mediante el cual se hizo la vinculación, sino por la ley de manera general y excepcionalmente por los estatutos de la entidad, de conformidad con el artículo 5o del Decreto 3135 de 1968.

Así las cosas, debe tenerse en cuenta que según los artículos 1º del Decreto 2148 de 1992 y 4º del Decreto 4107 de 2011, el Instituto de Seguros Sociales es una Empresa Industrial y Comercial del Estado del Orden Nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio de Salud y Protección social. De manera que, a voces del inciso 2º del artículo 5.º del Decreto Ley 3135 de 1968 los servidores de las empresas industriales y comerciales del Estado, por regla general, son trabajadores oficiales y, excepcionalmente, de acuerdo con sus estatutos, empleados públicos cuando ejerzan funciones de dirección y confianza.

Por lo tanto, tenemos que la actora es trabajadora oficial, tal como lo concluyó la A quo, dado que prestó sus servicios personales a favor de la entidad, labores que no están

contempladas para ser desempeñada por un empleado público, de allí que se siga confirmar en este punto la sentencia de primer grado.

Ahora, es necesario precisar que, dada la naturaleza de la entidad, el Decreto 1045 de 1978 no es aplicable a los trabajadores oficiales del ISS, como quiera que en su artículo 2° establece que para los efectos de la citada norma, se entiende por entidades de la administración pública del orden nacional la Presidencia de la República, los ministerios, departamentos administrativos y superintendencias, los establecimientos públicos y las unidades administrativas especiales; entre los cuales no se incluyó a las empresas Industriales y Comerciales del Estado y así lo dejó sentado nuestra Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Laboral, en la sentencia SL981-19.

4. Excepción de prescripción. En lo relacionado al citado medio exceptivo debe recordar la Sala que, éste solo puede ser objeto de pronunciamiento judicial cuando la parte demandada lo propone como excepción o hace mención a la misma en algún acápite de su respuesta presentada dentro de la oportunidad legal prevista.

En ese orden de ideas, es dable precisar que en este caso debió ser planteada por parte del Patrimonio Autónomo de Remanentes del ISS – PAR ISS– siendo su vocera y administradora Fiduagraría S.A., sin embargo, al haberse tenido por no contestada la demanda en auto calendado 13 de septiembre de 2017 por parte de la falladora de primer grado, providencia que se encuentra debidamente ejecutoriada, es claro que la sentenciadora de primer grado no podía adentrarse a reparar sin en efecto concurrió o no el mentado fenómeno, ya que de encontrarse procedente no puede ser declarado de oficio, por prohibición expresa del artículo 282 del CGP. Por lo que se estima que, ante su ausencia, no es viable emprender su análisis tampoco por esta Corporación, pues dicho medio exceptivo, se reitera, debió proponerse en momento oportuno.

La misma suerte tiene la excepción de prescripción que formuló la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales, pues, aunque es claro que se encuentra legitimada para proponer esta clase de excepciones, también es cierto que *“su potestad no se traduce en que pueda formular planteamientos exceptivos en cualquier momento, sino que se concreta a la contestación de la demanda en los términos del artículo 282 del CGP, además que, «esta intervención [...] en los procesos laborales, no puede enmarcarse dentro de los esquemas fijados a las partes, por cuanto la Constitución Política la garantiza (artículo 277 numeral 7), “cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales».”* (SL – 3751 de 2021 que reiteró la sentencia SL 2501-2018)

Así, convocada al proceso la Procuraduría Delegada para Asuntos Civiles y Laborales mediante auto del 9 de abril de 2018 y enterada de la admisión de la demanda el 23 de mayo de 2018, debió interponer la excepción durante el término de traslado que fenecía el 8 de junio del mismo año, sin embargo, presentó su alegación hasta el 26 de junio, tornándose extemporánea. En consecuencia, tampoco es dable entrar al análisis del medio de exceptivo, pese a ello, se mantendrá en firme la sentencia de primera instancia, pues esta decisión en nada modifica los efectos de la decisión consultada, en tanto que no fue declarada probada por la A quo.

5. Aplicación de la convención Colectiva de trabajo. Sobre este aspecto, no es objeto de controversia por las partes que la convención colectiva suscrita entre el ISS y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social 2001-2004 allegada por la actora cumple con los requisitos establecidos en el artículo 469 del CST, para su valoración.

Ahora, respecto de su aplicación, se tiene que aun cuando en efecto no obró afiliación de la accionante al citado sindicato, y según lo dispone el artículo 470 del CST, las convenciones colectivas de trabajo solo aplican a trabajadores sindicalizados, no puede olvidarse que por excepción, en los términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los no sindicalizados, siempre y cuando la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras.

Bajo lo dicho, es claro que si bien en principio le asiste razón a la encartada cuando indica que la actora al no estar afiliada a la agremiación sindical no le podía ser extensiva la norma extralegal sobre la cual aspira sus pretensiones de índole económico, a más porque no demostró que la organización sindical estuviera conformada por lo menos por la tercera parte del total de los trabajadores, también lo es que en el presente caso entre SINTRASEGURIDADSOCIAL y el ISS, en la misma CCT suscrita y allegada al cartapacio, se dejó sentado que su aplicación lo sería a todos los trabajadores oficiales de la entidad, sin condición alguna.

Así las cosas, debe hacerse extensivo el convenio colectivo cuando quiera que las partes contratantes pactaron su aplicación a todos los trabajadores oficiales, calidad que se encontró probada al señalarse la existencia de un verdadera relación laboral con la encartada, en tanto que se desdibujó la legalidad y legitimidad de la vinculación por intermedio de contratos de prestación de servicios de naturaleza civil, razón por la que frente a este puntual aspecto también se confirmará la decisión de primer grado.

6. Prestaciones legales y extralegales. Atendiendo a que la Sala encontró que la trabajadora devengaba un salario mayor al encontrado por la A quo, se modificará los numerales 1° a 3°, en el sentido de reliquidar las condenas impuestas, si es que a esa conclusión se arriba, toda vez que este punto también se conoce en consulta en favor de la encartada.

6.1. Nivelación Salarial. Frente a esta inconformidad es preciso señalar que en el libelo introductor la demandante peticiona "*nivelación salarial de la demandante con los Técnicos vinculados al ISS mediante contrato de trabajo y consecuentemente el reconocimiento y pago de estos reajustes salariales*" (pretensión décimo segunda), por lo que evidencia la Sala que la apelante procura introducir una nueva pretensión en la alzada, bajo un argumento que no fue aducido en la demanda, en tanto que, lo que verdaderamente pretende es que se nivele su salario con los trabajadores de la planta del ISS que desempeñen el mismo cargo que ejerció al interior de la entidad, pues así lo dejó al descubierto al relatar que "*que cumplía sus funciones en las mismas condiciones de los Técnicos vinculados al ISS*" (hecho 19°).

En gracia de discusión, considera la Sala que la falladora de primer grado no incurrió en ningún desatino al desestimar la procedencia de la súplica, pues es claro que la demandante aspira a obtener la cancelación del salario propio del cargo de técnico o auxiliar, por haber ejercido funciones propias del mismo, por manera que bastaba probar a la actora el desempeño del cargo, grado y la ejecución de las específicas funciones que correspondan a éste, según Resolución núm. 2800 de 1994, manual de funciones y requisitos para el desempeño de los empleos del ISS, sin embargo, no hizo el mínimo esfuerzo probatorio para demostrar la procedencia de la súplica, ya que del material probatorio allegado no es posible deducir que ciertamente desarrollaba las funciones específicas del cargo de auxiliar, técnico o ayudante, pues lo que narraron los testigos acerca de las labores encomendadas resulta ser genérico, a más porque ello no se puede desprender de la respuesta del derecho de petición que ofreció el ISS el 23 de junio de

2013 y que alude como erróneamente apreciada por la A quo, pues allí lo que se especificó fue el histórico de salarios de los cargos de ayudante, auxiliar, profesional, profesional especializado, médicos / odontólogos generales, médicos / odontólogos especializados y coordinador 1, probanza que resulta insuficiente para determinar que las funciones específicas que desempeña se corresponden con el cargo de auxiliar o técnico en los distintos grados y que eran similares a las que tenía.

Por consiguiente, es claro que debe absolverse de esta súplica, tal y con acierto lo dedujo la Juez primigenia.

6.2. Incremento salarial. El artículo 40° del texto extralegal estableció un aumento adicional sobre el salario básico para el tercer año de vigencia de la convención colectiva de trabajo que correspondía al 1 de enero de 2004, de manera que, al haberse declarado que la vinculación laboral se dio el 5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011, es claro que no hay lugar a su reconocimiento, ya que el nexo se dio con posterioridad a dicha calenda. (SL 4345-2020, SL 4503-2021, SL4633-2021 y SL5562-2021)

6.3. Auxilio de cesantías. El artículo 17 de la Ley 6ª de 1945 advierte que las cesantías se liquidan anualmente, pero son exigibles a la finalización del vínculo laboral cuando el trabajador queda cesante, criterio éste unificado en la jurisdicción laboral.

Así mismo, señala la norma que corresponden a un mes de sueldo, de manera que al realizar las respectivas operaciones aritméticas tomando únicamente el salario de la actora como lo indica la norma en mención y el periodo que fue tomado por la juez de primer grado, se obtiene la suma de **\$1.733.584** por las cesantías causadas durante la vigencia de la relación laboral.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días Liquidados	Valor cesantías
2009	\$ 937.974	\$ 0	\$ 937.974	86	\$ 224.072
2010	\$ 956.733	\$ 0	\$ 956.733	360	\$ 956.733
2011	\$ 956.733	\$ 0	\$ 956.733	208	\$ 552.779
Total Auxilio de cesantías					\$ 1.733.584

Debe precisar la Sala que no se tomará en cuenta para su liquidación el artículo 62 de la convención colectiva de trabajo vigente para los años 2001 – 2004, ya que así no fue reclamado en el escrito inicial, pues la demandante pretendió su reconocimiento conforme a lo dispuesto en la Ley 6ª de 1945. Así, aunque la apelante pretende en la alzada que se reconozca en la liquidación del auxilio de cesantía factores convencionales, tal aspecto constituye un nuevo pilar sobre el cual no puede la Sala realizar ningún pronunciamiento.

En este punto, se precisa que la sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, en los términos del artículo 281 del C.G.P., además, a este Colegiado le está vedado efectuar pronunciamiento con base en las facultades ultra y extra petita, pues estas son exclusivas de los jueces de única y primera instancia, por lo que se condenará a la encartada a pagar la citada suma de dinero, tal y como fue pedido en el libelo introductor.

6.4. Intereses a las cesantías. El artículo 62 de la convención colectiva de trabajo señala que a 31 de diciembre de 2002 y por los años subsiguientes se reconocerá intereses a la cesantía a la tasa del 12% por el respectivo año. Así, el monto adeudado por este concepto corresponde a **\$159.557:**

Intereses a las cesantías				
Cesantías año	Intereses a las cesantías causados y exigibles	Días liquidados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
2009	ene-10	86	\$ 224.072	\$ 6.423
2010	ene-11	360	\$ 956.733	\$ 114.808
2011	Terminación de la relación laboral	208	\$ 552.779	\$ 38.326
Intereses a las cesantías				\$ 159.557

6.5. Prima de navidad. Frente a este punto de inconformidad, razón le asiste al apelante, pues aunque de tiempo atrás la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia había sostenido la incompatibilidad entre la prima de navidad y la prima extralegal de servicios prevista por el artículo 50 de la convención colectiva de trabajo 2001-2004, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 2º del artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, que modificó el Decreto 3135 de 1968, la misma Corporación en sentencia SL593-2021, expresamente recogió su criterio, para en su lugar determinar la compatibilidad de las mismas. En efecto, en la citada decisión se dijo al respecto:

"En lo atinente a la supuesta incompatibilidad a la que se refiere el instituto convocado al proceso, dado que al demandante le fue reconocida la de servicios con venero en el artículo 50 de la Convención Colectiva de Trabajo, no es admisible, pues como se explicó en la sentencia CSJ SL, del 1º sep.2009, rad. 33676, para que se exima a un trabajador oficial de la prima de Navidad legal, es menester que se demuestre que tenía "derecho a primas anuales de cuantía igual o superior cualquiera sea su denominación", consagradas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, fallos arbitrales o reglamentos internos de trabajo.

Ese supuesto no está probado en el asunto bajo escrutinio, pues la cláusula 50 de la convención colectiva de trabajo lo que consagró fue la prima semestral de servicios para compensar la legal que, como lo ha dicho de manera reiterada esta Corte, no está prevista a favor de los trabajadores oficiales, sin que se haya demostrado, se insiste, que la demandante devengaba una prima anual extralegal que excluyera la legal de Navidad, ya que no es dable jurídicamente darles un tratamiento normativo igualitario a prestaciones de estirpe sustancialmente diferente.
[...]

Como se dijo arriba, el artículo 51 del Decreto 1848 de 1969, reglamentario del artículo 11 del Decreto 3135 de 1968, modificado por el artículo 1º del Decreto 3148 de 1968 dispone el pago de esta prestación, que equivale a un mes del salario que corresponda al cargo desempeñado el 30 de noviembre de cada año o proporcionalmente al tiempo servido.

El artículo 11 del Decreto 3135 de 1968 dispone:

Todos los empleados públicos y los trabajadores oficiales tendrán derecho a una Prima de Navidad equivalente a un (1) mes del sueldo que corresponda al cargo en treinta (30) de noviembre de cada año, prima que se pagará en la primera quincena del mes de diciembre."

Así las cosas, como la prestación en nada raya con la prima extralegal de servicios, la entidad accionada deberá pagar por concepto de prima de navidad la suma de **\$1.733.584**, la cual se liquidó teniendo en cuenta como factor salarial para calcularla, la asignación básica mensual de noviembre.

Prima de Navidad			
Año	Salario a 30 de noviembre	Días liquidados	Valor Prima de Navidad
2009	\$ 937.974	86	\$ 224.072
2010	\$ 956.733	360	\$ 956.733
2011	\$ 956.733	208	\$ 552.779
Total			\$ 1.733.584

6.6. Vacaciones convencionales. El artículo 48 del acuerdo colectivo dispone el reconocimiento de un descanso remunerado por cada año completo de labores, teniendo en cuenta el tiempo de servicios. Frente a quienes cuenten con hasta cinco años de labores, se les otorgarán 15 días. Indica la norma que para determinar los días de vacaciones que corresponden a cada trabajador, se tendrá en cuenta su tiempo de servicio en el momento en que se cause el derecho. Por ende, la demandante tiene derecho a percibir las siguientes sumas por este concepto, teniendo en cuenta el último salario:

Vacaciones			
Año	Salario	Días laborados	Valor vacaciones
2009	\$ 956.733	86	\$ 114.276
2010	\$ 956.733	360	\$ 478.367
2011	\$ 956.733	208	\$ 276.390
Total			\$ 869.032

6.7. Prima de servicio convencional. Dispone el artículo 50 convencional que en adición a la prima legal, los trabajadores oficiales tendrán derecho a dos primas de servicio al año, equivalente cada una de ellas a quince (15) días de salario, pagaderas en los primeros quince (15) días del mes de junio y quince (15) días en los primeros quince (15) días del mes de diciembre. Señala la norma extralegal que tendrá derecho a la prima de servicios los trabajadores oficiales que hayan laborado durante todo el semestre o a una suma proporcional al tiempo trabajado, siempre y cuando sea éste, por lo menos, la mitad del semestre y no hubieren sido despedidos por justa causa.

Por tanto, en atención a esta disposición, procede la liquidación de éste beneficio extralegal, que fue el solicitado en la demanda, haciendo claridad en que para ese efecto se tomará únicamente en cuenta el salario básico mensual que devengaba la demandante en la respectiva anualidad en que se generó el derecho, sin que haya lugar a incluir suma adicional alguna, en razón a que no se demostró que hubiera sido percibida por los factores a que se refiere el parágrafo primero de la citada cláusula convencional (trabajo en dominicales y festivos, trabajo suplementario o en horas extras y reemplazos).

En consecuencia, liquidada entre 5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011 asciende a **\$1.509.512**, suma por la que se impone condena.

Prima de servicios extralegal			
Año	Salario	Días liquidados	Valor prima
2009	\$ 937.974	86	\$ 224.072
2010	\$ 956.733	360	\$ 956.733
2011	\$ 956.733	208	\$ 552.779
Total Prima de servicio			\$ 1.509.512

6.8. Prima extralegal de vacaciones. De conformidad con el artículo 49 convencional se reconocerá y pagará una prima especial de vacaciones por cada año de labores, de acuerdo con el tiempo de servicios al instituto, estableciendo que a quienes tengan más de 5 años de servicios le corresponden 20 días de salario básico. Ahora, teniendo en cuenta que la actora no acredita ese tiempo mínimo de servicios se revoca la condena impuesta por este concepto.

6.9. Auxilio de transporte. El artículo 53 establece que el Instituto reconocerá y pagará a los trabajadores oficiales, para la vigencia del 1º de enero de 2002 al 31 de diciembre de 2004, un auxilio de transporte equivalente al valor que paga a 31 de diciembre de 2001, incrementado para cada uno de los años de vigencia de la convención en el IPC nacional causado en el año inmediatamente anterior. Ahora, como ninguna probanza se adosó al plenario tendiente a demostrar los valores reconocidos por estos conceptos a los trabajadores oficiales de planta del ISS al año 2001, ya que la respuesta calendada 23 de junio de 2013, nada dice sobre el valor del mismo para dicha data, imposibilita a la Sala confirmar la condena impuesta por este concepto, debiéndose por tanto revocarla. (SL 35666 del 22 de febrero 2011, reiterada SL 2589 de 2022)

6.10. Auxilio de alimentación. Según el compendio colectivo de trabajo, artículo 54, el ISS reconoce y paga este auxilio a los trabajadores oficiales que desempeñen los cargos de ayudantes, auxiliares, secretarías, conductores, porteros y técnicos hasta grado 20 luego para acceder al beneficio debía acreditar la demandante que desempeñaba alguno de los citados cargos o que se encontraba en uno de los niveles de empleos determinados en la norma convencional.

No obstante, ninguna certeza existe de que la actora se encontrara en el nivel técnico que se aduce en la demanda, o auxiliar u operativo en los distintos grados y denominaciones, toda vez que las únicas probanzas al respecto que obran, son los testimonios de Diana Carolina Hernández Anzola y Andrea del Socorro Pino Castillo, quienes en nada dijeron frente a la denominación del cargo desempeñado por la actora, a lo que se suma que tal aspecto no puede ser hallado de la respuesta que ofreció el ISS a la petición que elevó la demandante, pues allí se dice el valor reconocido a cada uno de los trabajadores beneficiarios del auxilio, pero no se menciona el cargo que desempeñó la promotora del litigio para ser acreedora del concepto extralegal. En ese orden, sin que se tenga certidumbre del cargo o a qué nivel pertenece el mismo, no es posible determinar si tenía derecho al auxilio de alimentación. En consecuencia, en lo que hace a este punto de apelación se confirma la sentencia de primer grado.

7. Indemnización moratoria. En el presente asunto al tratarse de un trabajador oficial, la norma al gobernar el asunto es el artículo 1º del Decreto 797 de 1949 que modificó el artículo 52 del Decreto 2127 de 1945. Así las cosas, debe recordarse que la 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.

Dicha buena fe “no depende de la existencia formal de los convenios o contratos de prestación de servicios, ni de la simple afirmación del demandado de creer que actuó con apego a la ley pues, en cualquier caso, es indispensable la verificación de «otros tantos aspectos que giraron alrededor de la conducta que asumió en su condición de deudor obligado; vale decir, además de aquella, el fallador debe contemplar el haz probatorio para explorar dentro de él la existencia de

otros argumentos valederos, que sirvan para abstenerse de imponer la sanción» (CSJ SL9641-2014)."

De otro lado, la CSJ ha sido clara al señalar, entre otras, en la sentencia SL 980 del 2020, que la sanción moratoria en los eventos de liquidación de una entidad oficial opera hasta que ésta deja de existir, es decir, hasta la fecha de suscripción del acta final de liquidación.

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, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactaron varios contratos de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de los citados contratos civiles, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo la estricta subordinación y poderío de la pasiva, sin que fungiera como una contratista independiente y autónoma, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanción que persigue la parte actora.

En consecuencia, se sigue mantener la condena sobre la indemnización moratoria que impuso la Juzgadora de primer grado, sin embargo, se modificará el hito inicial de la misma, pues debe tenerse en cuenta el vencimiento del plazo gracia de 90 días calendario con que cuentan las entidades públicas para efectuar el respectivo pago, esto es, a partir del 29 de octubre de 2011. En lo que hace al hito final, se mantendrá incólume, pues la extinción de la persona jurídica se dio el 31 de marzo de 2015, según lo establecido en el artículo 5 del Decreto 553 del 27 de marzo de 2015.

7.1. Incompatibilidad entre la indexación e indemnización moratoria. Ante la procedencia de la indemnización moratoria no habrá lugar al pago de la indexación de las prestaciones sociales condenadas hasta antes del 31 de marzo de 2015, pues, tal y como se ha dicho por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2695-2019, están resultan incompatibles.

Así las cosas, se modificará la sentencia de primer grado, en el sentido de negar la indexación sobre las prestaciones sociales causadas con anterioridad al 31 de marzo de 2015, ante la prosperidad de la indemnización moratoria. Sin embargo, como las vacaciones no están cubiertas por ésta, ante su devaluación deberán ser indexada la condena al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 29 de octubre del 2011 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

7.2. Indexación de las prestaciones e indemnización moratoria a partir del 1 de abril de 2015. Ahora, teniendo en cuenta que las prestaciones sociales aquí ordenadas no se encuentran cobijadas a partir del 1 de abril de 2015 por la indemnización moratoria, además, esta última como las otras sumas son susceptibles de sufrir un deterioro económico por el transcurso del tiempo, se hace necesario indexarlas, para así preservar su valor real. Por lo anterior, se ordenará la actualización de la condena por concepto de prestaciones sociales e indemnización moratoria, indexación que se calculará desde el 1 de abril de 2015 y hasta cuando se verifique su pago. (SL 334-2022).

7.3. Conclusión. En consecuencia, se **CONDENARÁ** a la demandada a la suma única de **\$39.289.835**, por concepto de indemnización moratoria calculada hasta el 31 de

marzo de 2015, la cual deberá ser indexada a partir del 1 de abril de 2015 y hasta cuando se verifique su pago.

Indemnización moratoria					
Salario	Desde	Hasta	Salario diario	Total días	Total Moratoria
\$ 956.733	29/10/2011	31/03/2015	\$ 31.891,10	1232	\$ 39.289.835

8. Aportes al subsistema de seguridad social en pensión. En el libelo introductor se pretendió específicamente por la demandante que se condene a la convocada a juicio a “pagar a la demandante el valor de **los aportes** que correspondía efectuar al **ISS** para el Sistema de Seguridad Social y que ésta pagó de su propio patrimonio en un 100%”; siendo claro que la juzgadora de primer fallo erró al no advertir que aquella no pretendió diferencias en la base salarial del IBC, sino, devolución de esas cotizaciones que canceló en exceso.

Bajo ese horizonte, ha de precisarse que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL5545-2019, ha validado la devolución de los aportes al sistema de seguridad social en pensión y salud que la trabajadora en exceso efectuó durante la vigencia del nexo, en el porcentaje que le correspondía al ISS, de manera que admitida su procedencia, en el caso en concreto, al escrito demandatorio, se anexan como prueba los distintos contratos de prestación de servicios firmados entre las partes, en cuya cláusula segunda se estipuló la obligación del contratista de afiliarse al sistema de seguridad social integral y realizar aportes mensualmente. Así mismo, la historia laboral incorporada al proceso da cuenta de que la actora efectivamente acreditó el pago de los referidos aportes, luego no cabe duda que ésta asumió el pago total del monto de la respectiva cotización, cuando la Ley 100 de 1993 estipula un porcentaje a cargo del empleador.

Ahora bien, la citada documental da cuenta de los ingresos base de cotización con que se aportó al sistema general de pensiones en el lapso que estuvo vigente la relación de trabajo (5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011), así entre noviembre de 2009 a enero de 2010 cotizó sobre un salario de \$497.000; de febrero de 2010 al 29 de enero de 2011 un salario de \$515.000; y de febrero de 2011 al 28 de julio de 2011 sobre la base de \$536.000.

En ese orden, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

Así las cosas, teniendo en cuenta que el aporte que correspondía al empleador era del 12% en pensión, se observa que debía asumir al empleador la suma de **\$1.302.152**, por tanto, se impone la devolución de los valores pagados por la actora en exceso.

DEVOLUCIÓN APORTES PENSIONALES		
MES	IBC REPORTADO	12% DE COTIZACIÓN
nov-09	\$ 497.000	\$ 59.640
dic-09	\$ 497.000	\$ 59.640

ene-10	\$ 497.000	\$ 59.640
feb-10	\$ 515.000	\$ 61.800
mar-10	\$ 515.000	\$ 61.800
abr-10	\$ 515.000	\$ 61.800
may-10	\$ 515.000	\$ 61.800
jun-10	\$ 515.000	\$ 61.800
jul-10	\$ 515.000	\$ 61.800
ago-10	\$ 515.000	\$ 61.800
sep-10	\$ 515.000	\$ 61.800
oct-10	\$ 515.000	\$ 61.800
nov-10	\$ 515.000	\$ 61.800
dic-10	\$ 515.000	\$ 61.800
ene-11	\$ 515.000	\$ 61.800
feb-11	\$ 536.000	\$ 64.320
mar-11	\$ 536.000	\$ 64.320
abr-11	\$ 536.000	\$ 64.320
may-11	\$ 536.000	\$ 64.320
jun-11	\$ 536.000	\$ 64.320
jul-11	\$ 536.000	\$ 60.032
Total		\$ 1.302.152

9. Costas. En esta instancia sin costas, por no haberse causado. Las de primera 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: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia proferida el 3 de junio del 2022, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** que entre **SUSAN CATHERINE GONZÁLEZ VELASCO** y el **INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES** existió un contrato de trabajo desde el 5 de octubre de 2009 al 28 de julio de 2011, devengado las siguientes sumas de dinero:

Fecha Inicial	Fecha Final	Valor Mensual
5/10/2009	12/11/2009	\$ 937.974
13/11/2009	30/06/2010	\$ 937.974
1/07/2010	30/11/2010	\$ 956.733
1/12/2010	31/03/2011	\$ 956.733
1/04/2011	31/10/2011	\$ 956.733

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2º de la sentencia apelada y consultada, de **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS – PAR ISS– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA S.A.**, a reconocer y pagar las siguientes sumas de dinero:

- a) **\$1.733.584**, por concepto de auxilio de cesantía.
- b) **\$159.557**, por concepto intereses a las cesantías.
- c) **\$869.032**, por concepto de vacaciones.
- d) **\$1.509.512**, por concepto de prima de servicio convencional.

El auxilio de cesantía, intereses a las cesantías y prima de servicio convencional deberán ser indexadas al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 1 de abril de 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago. Mientras que las vacaciones

deberán ser indexadas al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 29 de octubre del 2011 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

TERCERO: REVOCAR parcialmente el numeral 2° de la sentencia de primer grado, únicamente en cuanto condenó al pago de la prima de vacaciones y auxilio de transporte, en su lugar, absolver a la demandada de estas pretensiones.

CUARTO: REVOCAR parcialmente el ordinal 5° de la sentencia apelada, y en su lugar, **CONDENAR** a la parte demandada a reconocer y pagar a favor de la accionante, la prima de navidad en cuantía equivalente a **\$1.733.584**, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, teniendo como IPC inicial el 1 de abril de 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

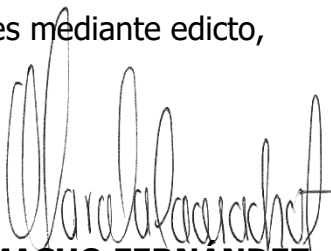
QUINTO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia apelada y en su lugar, **CONDENAR** a la enjuiciada a reconocer y pagar a favor de la suma, por concepto de indemnización moratoria la suma única de **\$39.289.835**, por concepto de indemnización moratoria calculada hasta el 31 de marzo de 2015, la cual deberá ser indexada a partir del 1 de abril de 2015 y hasta cuando se verifique su pago.

SEXTO: MODIFICAR el ordinal 4° de la sentencia confutada, para en su lugar, **CONDENAR** al **PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DEL ISS – PAR ISS– SIENDO SU VOCERA Y ADMINISTRADORA FIDUAGRARIA S.A.**, a reconocer y pagar la suma de **\$1.302.152**, como reembolso de las cotizaciones efectuadas por la trabajadora al subsistema de seguridad social en pensión.

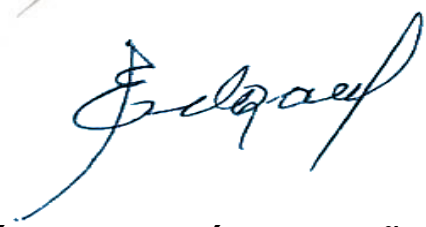
SÉPTIMO: CONFIRMAR en todo lo demás.

OCTAVO: 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


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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: ROCÍO DE JESÚS PULGARÍN UPEGUI
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 01-2018-00570-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA - PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ-
MODIFICA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Rocío De Jesús Pulgarín Upegui instauró demanda ordinaria laboral contra Colpensiones, con el propósito de que se condene a reconocer y pagar pensión especial de vejez prevista en el parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del 1 de julio de 2012, junto con los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 *ejusdem*, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 3 de abril de 1946, cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2001 y cotizó al 30 de junio de 2012, un total de 1.014 semanas en toda su vida laboral. Refirió que la encartada mediante dictamen del 4 de mayo de 2015, determinó una pérdida de capacidad laboral del 54.9%, con fecha de estructuración del 13 de febrero de 2015, oportunidad en la que se fijó una deficiencia del 30% por su trastorno esquizofrénico. Afirmó que siendo el porcentaje total de PCL la sumatoria de minusvalía, discapacidad y deficiencia y, conforme al porcentaje asignado a esta última, reúne el requerimiento legal de más del 50% en este componente, a la luz del parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003. (Expediente digital, PDF. 003Demanda).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la demandada se opuso a las pretensiones del libelo inicial argumentando que la actora no demuestra dictamen en firme en el que conste su condición de pérdida de capacidad laboral actual y ajustado a su realidad, pues la primera y única calificación que obtuvo fue mediante dictamen núm. 201596639NM del 4 de mayo de 2015, el cual ha superado más de 5 años de su emisión. Refirió que de conformidad con el artículo 2.2.5.1.53 del Decreto 1072 de 2015, la revisión de la PCL deberá efectuarse cada 3 años, circunstancia que no acredita la demandante.

En lo que hace a los supuestos fácticos, aceptó los enlistados en los numerales 1º al 5º, 7º, 8º, 10º y 11º y, respecto de los demás señaló ser manifestaciones subjetivas de la actora y no ser ciertos. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria,

presunción de legalidad de los actos administrativos, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, PDF. 011ContestaciónDeDemanda).

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma en ambos procesos (Expediente digital, PDF. 026RadicadoAndje20224012200652), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en estos.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de agosto del 2022, en la que el fallador de primera instancia condenó a la encartada a reconocer y pagar a la actora, la pensión de especial de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial, a partir del 13 de febrero de 2015, en cuantía del SMLMV para cada anualidad, por 13 mesadas pensionales al año, misma que deberá ser incrementada año por año, en los términos dispuestos por el Gobierno Nacional. De la misma forma, ordenó a la demandada cancelar la suma de \$77.785.000, por concepto de retroactivo pensional causado entre el 28 de febrero de 2015 y el 30 de julio de 2022 e intereses moratorios desde el 29 de agosto de 2015; autorizó a descontar del mismo los aportes a salud; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción y, por último, gravó en costas.

Para arribar a tal decisiva se propuso verificar si había lugar al reconocimiento y pago de la pensión especial de vejez por deficiencia física, psíquica y sensorial a favor de la actora, establecida en el inciso 1º, parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, con su modificación. Conforme a ello, memoró el contenido de la preceptiva citada y con ello indicó que la deficiencia requerida se acredita con el dictamen de pérdida de capacidad laboral emitido por la misma entidad demandada el 4 de mayo de 2015, en el que se establece que la promotora de la Litis cuenta con un mengua laboral del 54.9%, dentro del cual la deficiencia fue calificada con un 30%, esto es, más del 50% del origen común al padecer trastorno esquizoafectivo no especificado congénito, con fecha de estructuración el 13 de febrero de 2015; dictamen que no fue desconocido y tachado por las partes.

Acreditado el primer requisito, refirió que la demandante también cumple con el segundo, pues acredita 55 años que exige la norma en comento, dado que nació el 3 de abril de 1946, cumpliendo dicha condición el mismo día y mes del año 2001. Respecto de las semanas cotizadas indicó que también cumple con el citado presupuesto, al contar con un total de 1.014,57 semanas, tal como lo acepta la parte pasiva y evidencia de la historia laboral incorporada. Conforme a lo anterior, esbozó que la actora tiene derecho a que le sea reconocida la prestación económica deprecada, por lo que así lo debía disponer.

Establecido lo anterior, precisó que una vez realizado las operaciones matemáticas en virtud de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el valor de la mesada pensional, lo sería en cuantía del salario mínimo legal mensual vigente, pues nadie puede devengar por debajo de dicho monto, a partir del 13 de febrero de 2015, fecha en la cual se estructuró su invalidez, en 13 mesadas al año. Referente al retroactivo pensional indicó que se causa a partir de dicha calenda, sin embargo, teniendo en cuenta el fenómeno de la prescripción, debía señalar que solo hasta el 28 de febrero de 2018 se presentó la reclamación administrativa, superando los tres años establecidos en los artículos 151 del C.P.T. y S.S. y 488 del C.S.T., de ahí que debía condenar a la demandada a pagar el retroactivo pensional desde el 28 de febrero de 2015.

En lo que hace a los intereses moratorios citó el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, para significar que la demandada no reconoció en debida forma la pensión de vejez y omitió

cancelar mesadas que por derecho le corresponden a la actora, debiendo por tanto ser condenada a su pago, a partir del 29 de agosto de 2015, fecha en la cual vencieron los seis meses que tenía la entidad para reconocer en debida forma el derecho pensional y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional causado. (Expediente digital, audio 025GrabaciónAudiencia).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, la **accionada** formuló recurso de apelación arguyendo que la actora, quien acreditó un total de 1.014 semanas cotizadas, presenta un dictamen con núm. 201596639NM del 4 de mayo de 2015, por medio del cual le fue determinada una PCL del 54.9%, con fecha de estructuración 7 de febrero de 2015 (SIC) y enfermedad común, frente al cual no se agotó el recurso de ley, siendo evidente que aquella se encontraba de acuerdo con ello. Precisó que de conformidad con el inciso 1º, parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, la pensión debe estar supeditada a la calificación de la PCL, evaluación que debe estar acorde con el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012.

Indicó que los dictámenes de PCL tienen una vigencia de 3 años, puesto que en muchas ocasiones las circunstancias que pudieran generar su declaratoria pueden variar, por ende, las calificaciones deben ser revisadas de acuerdo con lo estipulado en el artículo 2.2.5.1.53 del Decreto 1072 de 2015, de allí que la calificación a la actora no pueda ser efectiva, puesto que en esta no se observa la condición actual y real de su estado de salud, misma que está sujeta a la revisión de los interesados. Insistió que no acredita que su PCL se haya mantenido en el tiempo o se haya variado en un porcentaje superior, circunstancia que genera su oposición. En lo que hace a la fecha de estructuración indicó que el dictamen de PCL emitido por la entidad aun cuando es válido y se encuentra ajustado al Manual Único de Calificación de Invalidez, no puede considerarse como parte relevante en la actualidad, puesto que las causas que le dieron origen variaron y la actora no efectuó solicitud de nueva calificación surtida por la pasiva.

Agregó que actúa de buena fe y la negación de la prestación económica ha sido fundamentada en la Ley, ya que la actora no acredita el cumplimiento de los requisitos establecidos en el inciso 1º, parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, por la misma razón no hay lugar al pago de intereses moratorios toda vez que su actuar ha sido conforme al citado principio. (Expediente digital, audio 025GrabaciónAudiencia).

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que logró demostrar con las pruebas aportadas, que tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez a partir del 1 de julio de 2012, fecha en que se elevó solicitud de reconocimiento pensional. Refirió que nació el 3 de abril de 1946, por lo que para el 3 de abril de 2001 cumplió 55 años, siempre cotizando para los riesgos de IVM en el Régimen de Prima Media, alcanzando hasta el 30 de junio de 2012, un total de 1.014 semanas en toda su vida laboral. Agregó que mediante dictamen de calificación de invalidez No. 201596639MN del 4 de mayo de 2015, le determinó una pérdida de capacidad laboral del 54.9%, con fecha de estructuración el 13 de febrero de 2015, siendo el porcentaje total de la PCL la sumatorio de minusvalía, deficiencia y discapacidad, el porcentaje asignado a la deficiencia asciende al 30%, ajustándose entonces al requerimiento legal de más del 50% en este componente, a la luz del parágrafo 4 del artículo 33 de la ley 100 de 1993, medicada por la ley 797 de 2003.

6.2. Demandada. En su escrito de alegaciones esgrimió que aun cuando la actora acude a una calificación de PCL surtida en el año 2015, la misma no puede ser objeto de debate puesto que en ella, no se observa la condición actual, real y verdadera de salud de la

actora; pues no debe dejarse de lado que la calificación de PCL tiene una vigencia de (3) años, sujeta a revisión por parte de los interesados en este caso la actora. Refirió que la actora no acredita que su condición de PCL se haya mantenido en el tiempo o que esta haya variado en una medida superior, circunstancia que genera la presente oposición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandante tiene derecho a la pensión especial de vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial, en los términos del inciso 1º, parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en caso positivo, a partir de qué fecha?; (ii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; y (iii) ¿Se equivocó el Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto que no existe un incumplimiento injustificado en el reconocimiento pensional, dado a que la demandante no tiene derecho a la prestación económica deprecada?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que la demandante nació el 3 de abril de 1946 y se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde 26 de noviembre de 1990, en calidad de trabajadora independiente, logrando cotizar un total de 1.014,57 semanas, a quien le fue calificada una mengua laboral del 54.9%, con una deficiencia del 30%, dado al diagnóstico trastorno esquizoafectivo, el cual fue determinado como de origen común, con fecha de estructuración del 13 de febrero de 2015, según dictamen núm. 201596639NM del 4 de mayo de 2015, mismo que se encuentra en firme ante la no interposición de los recursos administrativos y judiciales.

4. Pensión especial de vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial. Ciertamente el marco normativo de aquella pretensión lo constituye la Ley 797 de enero de 2003, que reformó el sistema general de pensiones establecido por la Ley 100 de 1993, pues además de introducir sustanciales modificaciones en la regulación de la pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida, adiciona dos casos para optar por aquella prestación de manera anticipada, que se tornan como “especiales” dado que amparan a determinados grupos poblacionales, exceptuando del cumplimiento pleno de los requisitos que por regla general se exigen para hacerse acreedor a ella.

Precisamente la actora aduciendo la condición de invalidez y de tener una deficiencia física, síquica o sensorial superior del 50%, sector al que se dio tratamiento especial en el cuerpo normativo citado, reclama la pensión de vejez en la forma prevista en el inciso 1º, parágrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993 que a su tenor literal la estableció en los siguientes términos:

"Se exceptúan de los requisitos establecidos en los numerales 1 y 2 del presente artículo, las personas que padezcan una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más, que cumplan 55 años de edad y que hayan cotizado en forma Continua o discontinua 1000 o más semanas al régimen de seguridad social establecido en la Ley 100 de 1993"

Como se dijo, el objetivo central de esta pensión especial, no es otro que proteger de manera excepcional a las personas disminuidas físicas y sensorialmente, grupos vulnerables de la población, para lo cual se exonera a la solicitante del cumplimiento de algunos de los requisitos exigidos en el régimen de prima media para acceder a la pensión de vejez, en desarrollo de lo contemplado en los artículos 13, 48 y 53 de la Carta Política. En otros términos, dicha prerrogativa le permite adelantar al asegurado el goce de la prestación pensional de vejez una vez acredite un mínimo de 1000 semanas de cotización, una edad mínima de 55 años y deficiencia física, psíquica o sensorial superior a 50%.

Fluye de lo anterior que el derecho para la afiliada de acceder a la pensión de vejez especial, se configura sólo si quien la reclama cumple los siguientes presupuestos: (i) tener una edad mínima de 55 o más años de edad; (ii) acreditar un mínimo de 1000 semanas de cotización; y (iii) padecer una deficiencia física, psíquica o sensorial del 50% o más.

- (i) **Edad.** Frente al primero de los requisitos, ninguna duda existe, pues probado está que la demandante alcanzó los 55 años el 3 de abril del 2001, por haber nacido el mismo día y mes del año 1946, según se desprende de la copia de su cédula de ciudadanía obrante en el expediente digital.
- (ii) **Densidad mínima de cotizaciones.** En lo tocante al segundo requisito, tampoco fue objeto de controversia que la actora al 30 de junio de 2012, alcanzó un total de 1.014,57 semanas, tiempo suficiente para causar la prestación aquí estudiada.
- (iii) **Deficiencia.** Corresponde, entonces, examinar el requisito atinente a la deficiencia física, psíquica o sensorial superior al 50%. Frente a ello, es menester precisar que según dictamen núm. 201596639NM del 4 de mayo de 2015, mismo que no fue tachado de falso o argüido por la convocada a juicio, la actora cuenta con una pérdida de capacidad laboral de 54.9%, en donde el porcentaje de deficiencia de la peticionaria es del 30%. Como se ve, dicho porcentaje de deficiencia parece no ajustarse al sentido inmediato del artículo 33, parágrafo 4º de la Ley 100 de 1993, es decir, padecer una deficiencia igual o superior al 50%.

Sin embargo, es del caso resaltar que la diferencia entre la pensión de invalidez con la pensión anticipada de vejez, radica, entre otras, en el porcentaje de la calificación o los criterios a tener en cuenta para la evaluación de la invalidez, de conformidad con Decreto 1507 de 2014; pues dichos criterios de calificación corresponden a la deficiencia, discapacidad y minusvalía, que sumados arrojan un porcentaje total de 100%, con lo cual, para hacerse merecedor de la pensión de invalidez requiere de un porcentaje superior al 50 % de la sumatoria de los 3 criterios, mientras que para la pensión anticipada de vejez exige el 50 % como mínimo, pero solo del criterio relacionado con la deficiencia.

Entonces, la deficiencia es uno de los criterios para la calificación integral de la invalidez, junto con la discapacidad y la minusvalía, cada uno tiene un puntaje máximo y la sumatoria de todos ellos determina la pérdida de la capacidad laboral de la persona, pero, para la pensión anticipada de vejez, solo se toma el criterio de la deficiencia, el cual se califica hasta un porcentaje máximo del 50 %, lo que quiere decir que, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje del 25% o más, quiere decirse con ello que reúne la condición exigida por el artículo 33, parágrafo 4º de la Ley 100 de 1993. Lo anterior tiene respaldo en la posición asumida por el máximo órgano constitucional, entre otras, en sentencia en la T- 007 de 2009 y por la

Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia SL1037-2021, reiterada en SL2421-2022.

En ese contexto, dado que el porcentaje asignado a la deficiencia de la promotora de la queja fue de 30%, es decir superior al 25% en el total de la calificación de la invalidez, significa ello, en el contexto de la calificación exclusiva de la deficiencia, un porcentaje superior al 50%, de allí que cumplidos como se encuentran los presupuestos legales, se hace merecedora de la pensión especial de vejez.

Tal disquisición no puede ser infirmada bajo el argumento de que el dictamen núm. 201596639NM del 4 de mayo de 2015 perdió vigencia por haber sido expedido hace tres años o más y no efectuarse la revisión de la disminución de mengua laboral en los términos del artículo 2.2.5.1.53 del Decreto 1072 de 2015, como mal lo afirma la censura, en tanto, al estar en firme el acto de calificación, no se cuestionó la decisión adoptada en primera oportunidad por Colpensiones y al no existir medio de convicción que permita refutarlo, constituye plena prueba en su contra, por ende, lo allí resuelto obligatorio para la entidad.

Es del caso resaltar que el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, le otorgó a Colpensiones competencia para establecer y declarar el estado de invalidez de una persona con base en el Manual único que para el efecto expida el Gobierno nacional, en primera oportunidad. Dictamen que debe contener los fundamentos de hecho y de derecho y, la motivación referida a las explicaciones y justificaciones sobre la cuales se edifica la calificación, mismo que debe estar soportado, entre otros, en el historial clínico y ocupacional de la paciente, pues para ese propósito se expidió el Decreto 1507 de 2014, instrumento técnico que contiene los requisitos y procedimientos a los que deben ceñirse las entidades encargadas de determinar la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional como consecuencia de una enfermedad o accidente que tenga un trabajador, así como la fecha de estructuración.

De manera que, si el legislador le otorgó la facultad para calificar la pérdida de capacidad laboral de la actora, con base en el Manual Único para la Calificación de Invalidez, la cual está soportada en el historial clínico de la misma, no hay razón para que este sea descartado, máxime que al examinar los elementos de convicción incorporados al proceso no se halla dictamen o concepto diferente con miras a contradecirlo, siendo carga procesal de quien lo controvierte, desvirtuar sus conclusiones.

A lo anterior se debe sumar que, aunque el dictamen que se adosó al plenario es la prueba de mayor idoneidad por el fundamento científico de sus conclusiones, ello en nada impedía a Colpensiones valerse de otros medios de prueba para refutarlo. Por ello, a propósito del argumento, según el cual, el dictamen no se encontraba actualizado y, por tanto, no pueden establecerse las condiciones médicas actuales de la gestora de la Litis, debe señalarse que la entidad estaba en la posibilidad jurídica de revisar el estado de invalidez, solicitando la actualización del mismo, máxime cuando la prestación se está solicitando por primera vez, sin embargo, al no proceder de conformidad, el aportado conserva validez, conforme lo ha aquilatado nuestra Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-005-2020, veamos:

"4.1.8. De este modo, uno de los requisitos exigibles para acceder a la pensión mencionada corresponde a tener una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%,^[53] dictaminada de acuerdo con el precitado artículo 41 de la Ley 100 de 1993. No existen mandatos legales taxativos de vigencia de los dictámenes ni términos de caducidad, y por tanto no es labor del juez constitucional crear presupuestos temporales fijos o introducir criterios rígidos sobre la materia. Con todo, debe recordarse que el trasfondo de la figura de la "revisión del estado de invalidez" persigue la realización de

intereses constitucionales importantes, como lo son la equidad y la salvaguarda jurídica del sistema de pensiones, evitando, por ejemplo, casos de fraude. En ese sentido, observa la Sala que si el carácter variable del riesgo hace exigible a las entidades pensionales la verificación de la actualidad del mismo respecto de quienes ya se han hecho acreedores de la prestación, no hay razón alguna para entender que ello sea distinto en el caso de aquellos que solicitan por primera vez la pensión de invalidez, más aun si ésta se encuentra basada en un dictamen que data de una fecha irrazonablemente lejana de aquella en la que se eleva la solicitud.

4.1.9. Así las cosas, es importante establecer que la protección del riesgo de invalidez responde, justamente, a la necesidad de asegurar económicamente a aquellas personas que, cumpliendo los demás requisitos legales, y por sus condiciones médicas, les es imposible desarrollar su fuerza de trabajo ordinaria, por presentar una pérdida funcional significativa. Siendo ello así, es evidente que este tipo de prestación exige una condición clínica actual para ser titular de la misma, sobre todo en aquellos casos en los que la situación de invalidez se ha derivado de una enfermedad degenerativa o progresiva. De ahí que, al estudiar por primera vez el reconocimiento de pensión de invalidez, la entidad pensional se encuentre autorizada para requerir una actualización del dictamen aportado, siempre y cuando, de acuerdo con las particularidades de cada caso, sea razonablemente evidente la necesidad de verificar la vigencia de la pérdida de capacidad laboral."

Así entonces, luego de realizar el análisis integral y objetivo de la totalidad de medios de prueba arrojados al plenario, no se observa que la parte demandada lograra desvirtuar las conclusiones adoptadas por ella en el dictamen censurado, sin que las inconformidades puedan encontrar eco, porque, además, habiéndose incorporado al trámite y corrido el traslado, debió manifestar su oposición, solicitando la práctica de uno nuevo o aportando otro dictamen, empero, guardó silencio en las oportunidades que la ley tiene reservadas para contradecir su práctica.

Entonces, no existiendo duda para la Sala que el medio de convicción constituye plena prueba, es claro que la actora cumple con el tercer presupuesto para ser beneficiaria de la pensión especial de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la ley 797 de 2003, en consecuencia, se debe confirmar la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

5. Causación y disfrute. Sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación "se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."

Lo anterior permite concluir, que la causación del derecho se suscita cuando la afiliada reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionada, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida, acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas y completa la deficiencia física, psíquica o sensorial, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos tres requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para su disfrute, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general.

Con fundamento en lo anterior, es claro el error en que incurrió el juzgador de primer grado al colegir que la fecha de causación se dio a partir de la fecha de estructuración, pues al tratarse de una pensión anticipada de vejez, debió remitirse a los criterios de esta y no de la pensión de invalidez que permite reconocerla desde la fecha en que se produjo

tal estado, como lo ordena el artículo 40 de la Ley 100 de 1993, pues ha de tenerse en cuenta que la pensión de vejez anticipada persigue el amparo de las personas disminuidas físicamente, sin importar su calidad o no de inválido, debiendo cumplir unos requisitos de edad mínima, semanas cotizadas y deficiencia física, psíquica o sensorial, ciñéndose a las disposiciones que para tales efectos regulan el pago de la pensión de vejez.

Por manera que, como la actora satisfizo el requisito de densidad de semanas requeridas el 30 de junio de 2012, fecha para la cual ya había cumplido la edad de 55 años, pues ocurrió el 3 de abril del 2001, sin embargo, la deficiencia física, psíquica o sensorial solo se vino a conocer mediante dictamen núm. 201596639NM del 4 de mayo de 2015, es claro que el disfrute de la prestación económica lo será a partir del día siguiente a esta última calenda, esto es, el 5 de mayo de 2015, en los términos antes dichos. Conforme a lo anterior, es evidente el equívoco que cometió el fallador de primer grado, al colegir que la fecha de efectividad lo sería desde 13 de febrero de 2015, debiéndose, por tanto, modificar en lo que hace a este punto la decisión consultada.

6. Monto de la pensión. La pensión de vejez a favor de la actora debe ser reconocida a partir del 5 de mayo de 2015, sobre la base de un salario mínimo legal mensual vigente, pues de conformidad con lo establecido en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, la demandante cotizó en los 10 años anteriores al reconocimiento pensional sobre la citada base salarial, mesadas cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 13 mesadas pensionales al año, en los términos establecidos en el Acto Legislativo 001 de 2005. En ese orden, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia consultada.

7. Prescripción. En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794-2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente."

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que, al haberse causado la pensión a partir del 5 de mayo de 2015 y exigible en la misma fecha, es claro que el término de prescripción empezará a contarse a partir de esta última fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes; de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que la actora elevó reclamación el 28 de febrero de 2018, misma que le fue resuelta mediante Resolución SUB 116915 del 30 de abril de 2018, la cual fue notificada por aviso el 2 de agosto de 2018, por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta la misma fecha del año 2021, siendo presentada la demanda el 31 de agosto de 2018. Por consiguiente, 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 prohibir que no operó el fenómeno prescriptivo.

Ahora, como el juzgador de primer grado declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la encartada sobre las mesadas causadas y no canceladas con antelación al 28 de febrero de 2015, punto frente al cual no hubo reparo por el demandante, la Sala mantendrá incólume tal decisión, a más porque no es dable hacer más gravosa la situación de la apelante única que lo es la parte accionada.

8. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a intereses moratorios lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

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."*

Así mismo, en 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 misma Corporación, 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:

"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).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semas y edad, en los términos de la Ley 797 de 2003, sin tener en cuenta que la actora no pidió la pensión de vejez tradicional, sino la especial de vejez por deficiencia física, síquica o sensorial, punto frente al cual no hubo ningún pronunciamiento de la entidad, 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 examine, la solicitud se presentó el 28 de febrero de 2018, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 28 de junio de 2018 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habrá lugar a los intereses moratorios desde esa data. En ese sentido, debe ser modificada la sentencia objeto de grado jurisdiccional de consulta, para en su lugar condenar a la convocada a juicio a reconocer y pagar a la actora los intereses moratorios desde el 29 de junio de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional.

9. Costas impuestas en primera instancia. Finalmente, 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 la accionada se opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas

en primera instancia, máxime cuando propuso excepciones como expresión legítima de su derecho de defensa.

10. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haberse causado.

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

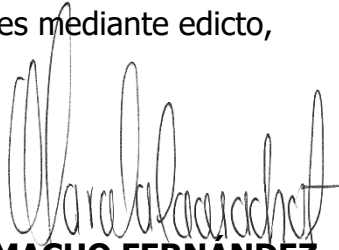
PRIMERO: MODIFICAR el numeral 1º de la sentencia proferida el 19 de agosto de 2022, por el Juzgado Cuarenta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en lo que hace a la fecha de causación y exigibilidad de la pensión especial de vejez por deficiencia física, psíquica o sensorial, en los términos del inciso 1º, párrafo 4º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del 5 de mayo de 2015, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 3º de la sentencia consultada, para en su lugar condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la actora los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 29 de junio de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional causado.

TERCERO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia apelada y consultada.

CUARTO: 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



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FREDDY LEONARDO MENDOZA SICHACA
DEMANDADO: ANGELCOM S.A. Y OTROS.
RADICACIÓN: 110013105-031-2016-00342-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Freddy Leonardo Mendoza Sichaca instauró demanda ordinaria contra Angelcom S.A., Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., y Solidaria de Recaudo S.A.S., con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato a término indefinido con Angelcom S.A. entre el 15 de abril de 2011 y el 31 de mayo de 2015; que se declare la solidaridad de Solidaria de Recaudo S.A.S.; en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de salarios dejados de percibir, los dominicales y festivos, intereses moratorios a la tasa máxima de los salarios debidos, cesantías junto con sus intereses, indemnización por falta de afiliación a un fondo de cesantías y por no haberlas consignado en el término legal, al subsidio de transporte, indemnización por no pago de los derechos laborales a la terminación del contrato, se indexe el dinero a cancelar, indemnización por daños morales, lo ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que señaló en síntesis que, entre TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A. se suscribió un contrato comercial, y que también entre la empresa ANGELCOM S.A.S y la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO S.A.S se suscribió un contrato comercial; que el acuerdo de voluntades consistía en remitir trabajadores en misión que requería TRANSMILENIO S.A. bajo las ordenes y supervisión de ANGELCOM S.A., y que la CTA fue creada por ANGELCOM S.A.; que el 15 de abril de 2011 con la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO S.A.S. suscribió convenio de asociación; que el salario o compensación básica mensual era el mínimo legal; que TRANSMILENIO S.A. fue quien se benefició de la labor prestada y quien impartía las ordenes eran los trabajadores de ANGELCOM S.A.; que ANGELCOM S.A. era quien realizaba las capacitaciones para el manejo de equipos y servicio al cliente, asistía a las instalaciones de ANGELCOM S.A. y llamaba para temas relacionados con los descuadres, problemas con tarjetas y demás; que el horario era variado por solicitud de ANGELCOM S.A. pero atendiendo las necesidades de TRANSMILENIO S.A.; que laboraba de domingo a domingo con un día de descanso; que las labores consistían en el mantenimiento y reparación de los sistemas de recaudo del sistema Transmilenio y conteo de tarjetas; que no se le cancelaron prestaciones sociales ni vacaciones, así como tampoco se le realizó la liquidación de contrato y que la relación laboral fue terminada de manera unilateral por parte de la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO S.A.S.

(Fols. 2 a 7).

2. Contestaciones:

2.1 TRANSMILENIO S.A.. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que el demandante nunca ha sido parte de la planta de personal de Transmilenio S.A., ni tampoco se configura la solidaridad alegada, aunado a que los cargos de "auxiliar de mantenimiento" y "técnico de mantenimiento" no existen dentro de la planta de personal y además resulta ajeno a la naturaleza jurídica y objeto social de Transmilenio; que el único vínculo existente entre Angelcom S.A. y Transmilenio es en virtud de un contrato de concesión, siendo Angelcom S.A. la encargada de la selección, vinculación, y capacitación del personal operativo y técnico en cualquiera de las labores relacionadas con la ejecución del contrato; que de los anexos de la demanda se observa que la actora estuvo vinculada bajo un convenio asociativo con Solidaria de Recaudo. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de relación laboral entre Freddy Leonardo Mendoza Sichaca y Transmilenio, falta de legitimación en la causa por pasiva de Transmilenio, inexistencia de solidaridad laboral, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción, buena fe, y la genérica (fols. 138 a 151)

2.2 ANGELCOM S.A.. Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que ANGELCOM S.A. no ha sido empleador directo del demandante; que ANGELCOM S.A. no participa, dirige, ni administra a Solidaria de Recaudo, por lo que no puede predicarse solidaridad. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación por pasiva, cumplimiento de los estatutos y de la ley por parte de la Cooperativa de Trabajo Asociado Solidaria de Recaudo, ausencia de intermediación, inexistencia de la obligación, mala fe del demandante, buena fe en la demandada, compensación, prescripción, y la genérica. (fols. 190 a 197, y 313 y 320).

2.3 SOLIDARIA DE RECAUDO CTA. Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que entre las partes existió un convenio de trabajo asociado regido por la Ley 79 de 1988 y los estatutos de la Cooperativa, sin que se hubiese estado en medio de una intermediación laboral; que el actor no devengó salario, sino unas compensaciones como retorno anticipado de los excedentes cooperativos; que el demandante no ha tenido relación alguna con Transmilenio, por lo que mal podría declararse a aquella como solidaria. Propuso como excepciones de fondo las de falta inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de la obligación, carencia del derecho, la genérica, prescripción, y compensación. (fols. 326 a 343).

2.3 Seguros del Estado S.A.. Dio contestación a la demanda, sosteniendo que no se presentó la existencia de la relación laboral en los periodos que aduce el demandante. Propuso como excepciones de fondo las que denominó ausencia de responsabilidad de Transmilenio S.A. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad con Angelcom S.A. y las funciones desarrolladas por el demandante, buena fe de Transmilenio e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe, y prescripción; frente al llamamiento en garantía, argumentó que la relación entre Seguros del Estado S.A. y Angelcom S.A. es eminentemente comercial y se limita a lo estipulado en el contrato celebrado y contenido en la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal. Como excepciones de mérito rotuló las de ausencia de la cobertura de la póliza No 12-44-101102446 por ocurrencia del presunto siniestro fuera de la vigencia de la misma, inexistencia de requisitos para hacer exigible la póliza de seguro de cumplimiento a favor de la entidad estatal No 12-44-10112446, inexistencia de la obligación a cargo de Seguros del Estado S.A. si se declara relación laboral directa entre el señor Fredy Leonardo Mendoza y el Asegurado Transmilenio S.A., cobertura

exclusiva de los riesgos pactados en la póliza de seguros de cumplimiento a favor de la entidad estatal, imposibilidad de afectar la póliza de cumplimiento por las conductas contempladas en el artículo 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, compensación, límite de responsabilidad, y la genérica (fols. 273 a 291).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de marzo de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre el señor Fredy Leonardo Mendoza Sichaca, en calidad de trabajador y la Cooperativa Solidaria de Recaudo CTA, en calidad de empleadora, existió un contrato de trabajo entre el 15 de abril de 2011 y el 31 de mayo de 2015; condenó a la Cooperativa Solidaria de Recaudo CTA y solidariamente a ANGELCOM S.A. a pagar al actor \$2.406.433 por concepto de cesantías, \$237.900 por concepto de intereses a las cesantías, \$22.021.666 por concepto de sanción del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y los intereses moratorios a la tasa más alta vigente a partir del 01 de julio de 2017 hasta que se realice el pago total de la obligación; absolvió a Transmilenio S.A. y Seguros del Estado S.A., y gravó en costas a las demandadas Cooperativa Solidaria de Recaudo CTA y ANGELCOM S.A.

(Fol. 491 a 492 con CD de audiencia)

Fundamentó su decisión, en que, de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, el actor si probó que prestó el servicio en los extremos relacionados en el libelo demandatorio pero a favor de la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO y consideró que conforme lo señala el Decreto 4588 de 2006 la Cooperativa no acreditó haber tenido vinculado a FREDDY LEONARDO MENDOZA por medio de convenio cooperativo si no que por el contrario, con los memorandos obrantes en el proceso se observó que el actor recibía órdenes y se ejerció subordinación; que al no encontrar acreditado que el demandante recibió capacitación cooperativa como lo ordena el artículo 14 del Decreto 4588 de 2006 y que tampoco obraba solicitud de ingreso a la cooperativa, lo que evidenciaba en realidad fue la existencia de un vínculo laboral entre FREDDY LEONARDO MENDOZA y la COOPERATIVA SOLIDARIA DE RECAUDO – ostentando la calidad de empleadora-, concluyendo que tal entidad no logró derruir lo correspondiente a la subordinación y agregó que de lo manifestado por los testigos no se podía inferir que ANGELCOM S.A. ostentara la calidad de empleador, toda vez que quien realizaba el pago y daba las órdenes era la CTA.

Estimó que conforme el contrato de prestación de servicios para apoyo logístico por el período comprendido entre el 01 de noviembre de 2010- al 31 de diciembre de 2015 que suscribió la COOPERATIVA SOLIDARIA DE RECAUDO SAS y ANGELCOM SAS, se observó que ésta última empresa se benefició de las labores prestadas por el actor y por este motivo consideró que ANGELCOM SAS era solidaria de todas las condenas fulminadas en contra de la CTA conforme el artículo 34 del CST.

Acotó que, con el interrogatorio el demandante confesó que no se le adeudaban salarios; pero, de las demás pretensiones evidenció que la Cooperativa empleadora no había acreditado los pagos a las cesantías o las denominadas compensaciones, razón por la cual, fulminó condena por concepto de cesantías e intereses de las cesantías y precisó que el salario devengado por el actor ascendió en la suma de \$905.000. Negó las horas extras, dominicales y festivos, y los daños morales, teniendo en cuenta que el actor no acreditó causadas estas pretensiones; así mismo, negó la indemnización contenida en el artículo 64 del CST ya que no hubo despido unilateral por parte del empleador si no que el actor renunció de manera voluntaria.

Declaró parcialmente prospera la prescripción de los emolumentos laborales causados con anterioridad al 31 de mayo de 2012 al haberse terminado la relación laboral el 31

de mayo de 2015, exceptuando las cesantías debido a que esta prestación no se afectaba por el fenómeno prescriptivo.

Advirtió que, aunque se evidenciaba que se pagaron los salarios durante la relación laboral y la liquidación de prestaciones sociales al finalizar el vínculo laboral, se constató mala fe en el actuar, condenando al pago de la sanción contenida en el artículo 65 del CST – esto es, un día de salario por cada día de retardo a partir del 01 de julio de 2015 hasta el 31 de mayo de 2017, teniendo como salario base la suma de \$905.000 mensuales; y después de esta fecha los intereses moratorios hasta el momento en que se realice el pago de lo adeudado.

Finalmente manifestó que TRANSMILENIO S.A no tenía que responder solidariamente de las condenas impuestas y la absolvió de todas las pretensiones, así como la llamada en garantía al haber sido integradas por esta última sociedad como garante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante.: Señaló que no se tuvieron varios aspectos relevantes en el asunto, tales como, el testimonio rendido por WILSON SUAREZ, quien afirmó que las órdenes impartidas al actor se le daban a través del CAT de la empresa ANGELCOM, lo que deja ver que la subordinación ejercida sobre el actor lo era por parte de ANGELCOM SAS – y que evidenciaba que esta compañía ostentaba la calidad de empleadora y así lo confirmó el deponente al indicar que el demandante solo le prestaba servicios a ANGELCOM y tan es así que cuando finalizó la relación laboral con ANGELCOM es cuando finalizó la relación comercial. Pide que se declare solidariamente responsable de las condenas impuestas a TRANSMILENIO S.A. conforme lo ordena el artículo 34 del CST, toda vez que el actor finalmente prestó sus servicios a favor de esta compañía y por ultimo señaló que el *a quo* no se pronunció sobre la sanción por no consignación de las cesantías a una AFP conforme lo establece el artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

5.2 Angelcom S.A. Manifiesta que se debe revocar la decisión de declararla como solidaria de las condenas impuestas a la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO, ya que en el presente asunto lo que verdaderamente existió fue un convenio asociativo y no una relación laboral, además el objeto social de ANGELCOM SAS no era el de prestar servicios tecnológicos sino el de recaudo y que por ello fue que contrató los servicios con la CTA, quien lo único que presta es un servicio tecnológico y operativo y que la documental aportada no se evidencia que ANGELCOM haya suscrito documento alguno con el demandante y que esta no infería en la forma en que los trabajadores realizaban las actividades, por ultimo señaló con relación a la solidaridad que al no haberse declarado la intermediación no se pudo haber impartido condena de forma solidaria.

5.3 Solidaria de Recaudo S.A.: Aduce que la vinculación por parte del actor a la Cooperativa de Trabajo se realizó de manera libre y voluntaria y que no es procedente declarar el contrato de trabajo sólo porque no existió un formulario de vinculación a la COOPERATIVA; que la juez no apreció todas las pruebas y que el curso de Cooperativismo sí se realizó; que con el retiro de los aportes del fondo de reserva queda comprobado que el actor sabía que lo que realmente se ejecutaba era un convenio como asociado y no una relación regida por la legislación laboral; que el hecho que se impartieran algunas directrices para llevar una organización de manera disciplinada no era una razón para indicar que se ejercía una subordinación de orden laboral; que lo correspondiente a las condenas de cesantías junto con sus intereses, no son

procedentes, toda vez que al cancelar las compensaciones ordinarias debían cancelar en estricto orden legal los demás emolumentos.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal TRANSMILENIO S.A. solicitó que se confirme la inexistencia del contrato de trabajo entre el demandante y Transmilenio S.A., asimismo frente a la inexistencia de la solidaridad, al no cumplirse con lo establecido en el artículo 34 del CST.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante, Angelcom S.A. y por Solidaria de Recaudo CTA, 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada (Angelcom S.A.) logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? (ii) ¿La demandada Solidaria de Recaudo CTA y Transmilenio son solidariamente responsables de las acreencias debidas al demandante? (iii) ¿Hay lugar a la condena con relación al pago de las cesantías junto con sus intereses, y la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

i) Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar 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 C.S.T., 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 le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

Lo anterior para significar que en materia laboral, la prosperidad del reconocimiento de los derechos laborales a favor del trabajador se centra inicialmente en la demostración de la existencia del vínculo laboral y de sus extremos temporales, situación que entra la Sala a analizar a fin de determinar la viabilidad de las súplicas de la demanda, efectuando para ello la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al plenario, conforme lo determinan los artículos 60 y 61 del C.P.T y de la S.S.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada ALGELCOM S.A. tuvo lugar en el período comprendido entre el 15 de abril del 2011 hasta el 31 de mayo de 2015. Prestación personal del servicio y extremo temporal inicial que fueron aceptados por Cooperativa de Trabajo Asociado “Solidaria de Recaudo CTA” con la precisión de que se trató de acuerdo cooperativo de trabajo asociado con vigencia hasta 31 de mayo de 2015. ALGELCOM S.A. por su parte, negó la existencia de relación laboral.

Al plenario fue arrimada la documental que reposa a folio 8, contentivo de convenio de trabajo asociado, y a folio 399 consistente en liquidación de derechos económicos, donde se hace alusión a que el señor FREDDY LEONARDO MENDOZA SICHACA, prestó sus servicios en la Cooperativa Solidaria de Recaudo CTA desde el 15 de abril de 2011 hasta el 31 de mayo de 2015 como “Técnico de Mantenimiento”, en atención a la operación de recaudo producto de las ventas del servicio público de transporte en el sistema Transmilenio.

Así mismo, reposa contrato de prestación de servicios de apoyo logístico Administrativo y Operativo (Fol. 371 a 372), celebrado entre la Unión Temporal Fase II- (UT constituida, entre otras, por ANGELCOM S.A.) con la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO, cuyo objeto estaba relacionado con el mantenimiento de software y hardware así como el mantenimiento operativo “in situ” de las máquinas, labor que fue realizada directamente por el demandante en las estaciones de TRANSMILENIO en calidad de auxiliar de mantenimiento.

Lo anterior lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio por parte del accionante, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO y ANGELCOM S.A. deberán desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado “onus probandi”, *“incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”* (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de *“reus, in excipiendo, fit actor”*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

En este punto viene a propósito traer a colación algunos precedentes judiciales de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tienen aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citados por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde el máximo tribunal constitucional hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuada en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3436 de 2021, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la contratación a través de cooperativas de trabajo asociado, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

"una característica principal de tales entes es que sus asociados gozan de plena autonomía técnica, administrativa y financiera en la prestación de sus servicios, y por ello no se rigen por la legislación sustantiva y ordinaria laboral.

(...)

a través de las precooperativas y cooperativas de trabajo asociado las personas trabajadoras deben contar siempre con la libertad de asociarse o no y acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo.

(...)

la Corporación no desconoce que la organización del trabajo autogestionario, en torno a las cooperativas de trabajo asociado, constituye una importante y legal forma de trabajo, paralela a los vínculos subordinados, pero dicha forma de contratación no puede ser utilizada de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de una verdadera relación subordinada, que fue lo que ocurrió en el sub judice; así también se ha reiterado en múltiples ocasiones".

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un *"haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta"*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el del beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que ANGELCOM S.A. no logró derruir la presunción legal de que la prestación del servicio fue subordinada, por cuanto es evidente que el actor actuó bajo una de sus actividades misionales, en virtud del Contrato de Concesión que suscribió TRANSMILENIO S.A. con la Unión Temporal Fase II integrada por ANGELCOM S.A. y Keb Technology Co Ltd para la explotación económica de las actividades de recaudo del sistema Transmilenio (Fol. 155 Cd), suscribiendo a su vez -la Unión Temporal Fase II- el 01 de noviembre de 2010-contrato de prestación de servicios de apoyo logístico Administrativo y Operativo con la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO (Fols. 199 a 202), obligándose esta última a *"prestar sus servicios en las actividades de operación de recaudo asignadas en concesión a UT FASE II"*, que incluyó lo correspondiente al mantenimiento de software y hardware así como el mantenimiento operativo "in situ" de las máquinas, como lo precisó en interrogatorio de parte el representante legal de la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO (Fol. 484 CD); mantenimiento operativo que realizó directamente el demandante en las estaciones de TRANSMILENIO en calidad de auxiliar de mantenimiento (Fol. 32 y 33) y que consistía en

reparar o realizar el mantenimiento de los equipos de carga y salida de usuario, tal y como lo afirmó el representante legal de la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO en interrogatorio de parte, así como los deponentes Rosa Ruiz y Wilson Suarez.

Aunado a lo anterior, emerge con total claridad que ANGELCOM S.A. ejerció la dirección de tales servicios mediante subordinación, pues así se evidencia con los memorandos internos No. 0483-13 (Fol. 26) y 0408-13 (Fol. 32) en los que de manera puntual e inequívoca el Gerente General de la CTA, les informa a los auxiliares de mantenimiento (cargo que desempeñó el actor) como debían reportar los incidentes por mantenimiento correctivo y la instrucción específica de llamar **directamente** al Operador Técnico del CAT (Centro de Atención Técnica de ANGELCOM S.A.) para reportar solicitud de repuestos, recepción del repuesto, procedimientos CIG y/o contratista del sistema de comunicaciones, recepción del PDA y en la recepción de planta eléctrica, el cual que fue suscrito por el Gerente General de la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO –WILSON SUÁREZ- y que coincide con las manifestaciones realizadas por este último en el estrado judicial, cuando explicó de manera detallada que el CAT era donde se reportaban todos los daños, y que estos a su vez le reportaban al técnico el daño en la zona y lo direccionaban a la estación donde se había presentado el incidente, en el que si bien aclaró que no siempre el reporte se daba directamente por los trabajadores del centro de atención técnica (CAT) sino también por los supervisores que pertenecían a la CTA, lo cierto es que no existe una sola prueba que corrobore que en efecto los supervisores de la cooperativa eran quienes impartían o suministraban los servicios de mantenimiento que debían realizar los auxiliares de mantenimiento, no obstante, en gracia de discusión sí se hubieran probado en el presente asunto las instrucciones de los supervisores de la CTA, en nada modificaría la conclusión a la que ha llegado la Sala, pues es evidente que la instrucción era impartida desde el centro de atención de tecnología-CAT- propiedad de ANGELCOM S.A, tal y como indicaron de manera unánime los representante legales de las entidades ANGELCOM S.A y CTA SOLIDARIA DE RECAUDO.

Obra además como evidencia de la conclusión a la que llega la Sala, el testimonio de la señora Rosa Ruiz, quien trabajó con el actor en la estación de Transmilenio –zona norte- , en el que indicó que el demandante llegó a laborar como técnico y que le consta que ANGELCOM S.A era el que enviaba el código para atender el incidente, situación que evidenció al ser ella una de las personas encargadas de reportar la falla de la maquinaria debido al cargo que desempeñaba como –auxiliar de estación-, y si bien, el extremo pasivo solicitó se le restara credibilidad a ésta deponente, lo cierto es que el procedimiento descrito por ella, coincide tanto con la prueba documental (Fol. 155 Cd), como con el procedimiento descrito por el entonces gerente general de la cooperativa de trabajo asociado -Wilson Suárez, quien también rindió declaración en calidad de testigo.

Aunado a lo anterior, la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO CTA tampoco actuó de manera correcta frente a la contratación del demandante, pues si bien se suscribió un convenio de asociación, el mismo no cumple con las condiciones de este tipo de contratación, ya que quien es vinculado a través de dicha modalidad se considera asociado, por ende, no puede recibir órdenes, debiendo actuar de manera autónoma frente al servicio prestado, presupuestos que claramente no se dan en el presente caso, ya que conforme a la prueba documental allegada, el actor debía comunicar los cambios de turno y a su vez la CTA era quien en cumplimiento del contrato de prestación de servicios con ANGELCOM procedía a realizar las modificaciones de los turnos, así como los cambios de zona, y citación a diligencia de descargos (Fols. 25, 27 y 28), por lo que de ninguna manera puede esta Sala de decisión atender los argumentos de disenso

expuestos por la CTA, según los cuales se impartieron directrices con la única finalidad de lograr una óptima organización dentro de la cooperativa, pues se insiste que, conforme a la normatividad en cita, dichas situaciones de orden fáctico están vedadas para este tipo de acuerdo de voluntades.

De acuerdo a lo dicho, resulta evidente que la Cooperativa de Trabajo Asociado SOLIDARIA DE RECAUDO actuó como un mero intermediario y aunque se indique que el demandante ejecutó sin ningún reparo ni inconformidad las funciones impartidas, este argumento tampoco resulta suficiente para desvirtuar la subordinación que en realidad se evidenció en este proceso, pues itera que, aunque el deponente Wilson Suarez y el representante legal de la CTA indicaron al unísono que ANGELCOM S.A, no impartía orden alguna al demandante, el caudal probatorio demuestra que los servicios se prestaron conforme a las órdenes de trabajo que se generaban desde el Centro de Atención Tecnológica –CAT- (propiedad de ANGELCOM), con elementos de trabajo tecnológicos también de su propiedad y las funciones desempeñadas por el actor siempre fue en favor de ANGELCOM S.A., labores que resultan afines o conexas al objeto social de dicha sociedad, según certificado de existencia y representación legal.

(folio 116 a 119).

Ahora bien, con relación a las documentales aportadas por el extremo pasivo, con las cuales pretende acreditar que efectivamente la promotora del proceso celebró de manera libre y voluntaria un convenio de asociación, entre ellas, los Estatutos, el Régimen de compensaciones y el Régimen de Trabajo Asociado, lo cierto es que no obra en el plenario, nada relacionado con la asistencia del promotor de la Litis a capacitaciones y juntas de socios, sin que para ello sea suficiente el dicho del testigo -Wilson Suarez-; tampoco se logra demostrar su participación "en la distribución equitativa de los excedentes de la cooperativa", los cuales corresponden a cada uno de los cooperados y que constituyen un elemento esencial de esa modalidad específica de asociación. Menos aún se evidencia que el asociado hubiera sido invitado en actividades de organización y administración mediante el desempeño de cargos sociales, otro elemento que cobra relevancia para determinar si en efecto se trataba de un acuerdo cooperativo o de otro tipo de relación contractual.

Así las cosas, emerge con absoluta claridad que el demandante se afilió a la Cooperativa, prestando sus servicios a favor de ANGELCOM S.A. en virtud del contrato por prestación de servicios que suscribió con la Unión Temporal Fase II de la que hacía parte esta sociedad, incumpliendo con las normas que rigen éste tipo de Cooperativas, toda vez que como ya se hizo referencia al artículo 16 y 17 del Decreto 4588 de 2006, la Cooperativa tenía prohibido llevar a cabo tales ejecuciones, en consecuencia, desbordó las facultades que le concedía la ley para afiliar personas como cooperados, debiéndose declarar la existencia de un contrato realidad en el que se tendrá como verdadero empleador a ANGELCOM S.A. sociedad a quien se le prestó el servicio, siendo la COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO SOLIDARIA DE RECAUDO un simple intermediario.

Ahora, en lo que tiene que ver con la realización del trabajo en el lugar definido por el beneficiario del servicio, o lo referente al suministro de herramientas y materiales, acota la Sala que, entre ANGELCOM S.A. y Transmilenio S.A. se suscribió un contrato de concesión en el que se le entregó a Angelcom la explotación económica del recaudo del sistema Transmilenio, pudiendo utilizar la infraestructura, es decir, *"administrar los bienes recibidos en la concesión"*, entre estos, las *"taquillas"* de recaudo, con lo cual, ANGELCOM S.A. procedió a suscribir un contrato de mandato con la CTA Solidaria de Recaudo, en la que esta última recibió en comodato *"los bienes que se describen y que son necesarios para ejecutar en debida forma la operación de recaudo de propiedad"*

exclusiva del COMODANTE", lo que deja en evidencia que los elementos de producción no eran de la CTA, y en ese orden, se trasgrede lo dispuesto en el artículo 3° del Decreto 2025 de 2011 y artículo 8° del Decreto 4588 de 2006, y a la vez, resulta contrario a lo que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha edificado al respecto, como se puede apreciar en la sentencia SL3436-2021, en la que dijo:

"Así, se ratifica lo que esta Corte ha adocinado de forma reiterada en su jurisprudencia, en el sentido que en el marco del cooperativismo un elemento distintivo es que los trabajadores asociados sean dueños de los elementos de producción y laborales, pues lo contrario pone de presente un elemento indicativo que la entidad cooperativa no tiene la capacidad estructural, económica y administrativa para ofrecer un servicio especializado".

De lo expuesto fluye inequívoca la conclusión de que la CTA solo fungió como una entidad de suministro de personal, desdibujándose los presupuestos de autogestión, autocontrol y autogobierno propios de una relación cooperativa. Ahora, el hecho de que el actor haya ingresado a la Cooperativa a través de su propia solicitud, hubiera recibido compensaciones en vez de salario y que en la ejecución haya podido *"acordar libremente la contribución coordinada de sus aportes, bien sean económicos, en bienes, servicios o fuerza de trabajo, a fin de prestar un servicio especializado e incorporarse en el sector productivo de trabajo"*, no acarrea que la prestación del servicio se haya desarrollado de manera autónoma, ya que de la prueba documental atrás referida se desprende que prestó sus servicios en favor de ANGELCOM S.A. quien le determinaba los turnos, empresa que al igual que Solidaria de Recaudo fue sancionada por parte del Ministerio del Trabajo mediante Resolución No 000523 del 15 de abril de 2015, por suministró de personal en misión sin estar autorizada para ello (Fols. 66 a 74), desnaturalizándose completamente la supuesta relación que como asociado tenía con la aludida CTA, cobrando fuerza la posición según la cual, la relación existente entre el demandante y la cooperativa solo fue formal, pues en el plano material Solidaria de Recaudo CTA fungió únicamente como empresa dedicada al suministro de personal, objeto para el cual no estaba autorizada, pues no tiene la naturaleza de Empresa de Servicios Temporales.

Vale la pena precisar que, si bien mediante Resolución 01657 del 25 de agosto de 2015, se decidió por parte del Ministerio del Trabajo revocar la multa impuesta, lo cierto es que, frente al tema de la tercerización fue enfática en señalar que lo relativo al contrato realidad es de competencia de los jueces y no del Ministerio, por lo que la revocatoria de la sanción no conlleva a la aceptación o validación de vínculos existentes entre los asociados y la CTA, menos aún a pronunciamientos sobre su legalidad, pues en todo caso, son del resorte del Juez Laboral, quien en aplicación del principio de la realidad sobre las formas, es el llamado a pronunciarse.

La sala reitera que el hecho de que el actor formalmente haya tomado la iniciativa de afiliarse a la Cooperativa y que bajo la autonomía de su voluntad haya firmado un formato sometiendo a lo dispuesto en los estatutos de la cooperativa, no significa que deba tenerse como cooperado, descartándose la existencia de la relación laboral, pues precisamente allí es donde toma mayor relevancia el principio de la realidad sobre las formalidades, máxime cuando en el sub lite no obra probanza alguna de que el en calidad de asociado hubiere participado en la toma de decisiones respecto de los excedentes que genere la cooperativa u otros aspectos propios del trabajo autogestionario, sin que la simple participación formal en el ingreso de asociados (Fols. 336) tenga la entidad suficiente para que el fallador descarte la naturaleza del vínculo laboral.

Por consiguiente, el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo cooperado carente de subordinación resulta desatinado cuando el material probatorio demuestra que la actividad personal no se ejecutó con autogestión y autonomía sino con las características propias de una relación de naturaleza laboral, esto es, en desarrollo de una actividad misional, dependiente o subordinada, por un largo periodo de tiempo y en el lugar asignado por ANGELCOM S.A.

Siendo ello así, queda claro que fue equívoca la decisión de instancia en este aspecto, debiéndose impartir modificación a la sentencia, esto, declarando que la relación laboral se dio con ANGELCOM S.A. y no con la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO, como lo determinó la a quo.

Pretensiones condenatorias –Cesantías e Intereses a las cesantías-

Cuestiona la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO lo relacionado con la condena impuesta en relación a estas prestaciones sociales, indicando que como Cooperativa de Trabajo había cumplido con el pago de estos emolumentos, toda vez que de manera constante recibía una serie de visitas de orden legal para verificar que se estuvieran realizando todos los pagos de manera correcta.

No obstante, comparte esta instancia las consideraciones realizadas por el *a quo*, toda vez que las manifestaciones realizadas por el recurrente carecen de sustento probatorio, pues no obra en el plenario un solo documento que permita concluir que la CTA cumplió con el pago de estos emolumentos – *auxilio de cesantías juntos con sus intereses*-, lo único allegado por el extremo pasivo corresponde a la liquidación definitiva que milita a folio 399 del expediente pero la misma hace referencia al pago proporcional de compensaciones por retiro del afiliado causadas hasta el 31 de mayo de 2015, pero no a cesantías e intereses que fueron objeto de condena en la primera instancia, razones suficientes para confirmar la decisión frente a este tópico.

Indemnización art. 99 Ley 50 de 1990

Cuestiona el actor, que la Juez no realizó pronunciamiento alguno frente a esta indemnización debidamente solicitada, por lo que una vez verificado el libelo introductorio, se extrae que en efecto se petitionó la imposición de dicha sanción.

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 retraso.

En relación con la indemnización 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, la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele o 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.

Precisado lo anterior, dentro del proceso no obra evidencia de que la demandada hubiese consignado las cesantías a favor de la demandante en un fondo, por el contrario, el testigo Wilson Suárez indicó que de común acuerdo fue consignado dicho emolumento a Fincomercio al generar mayor rentabilidad, no obstante no se demostró los aportes realizados en la entidad mencionada ni mucho menos se demostró que la misma correspondiera a un fondo de cesantías, por lo que de acuerdo con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe condenarse el pago de la sanción por no consignación de dicho auxilio de cesantías.

Esta disposición establece que el empleador deberá consignar el valor liquidado por concepto de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él elija, y expresa a continuación, que el empleador que incumpla esta obligación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, por tanto, siendo que tampoco se advierte un proceder de buena fe por parte de la demandada al omitir la consignación de las cesantías, deberá condenarse al pago de esta sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

Sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral 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"*

Asimismo, dicha sanción también ésta sujeta al fenómeno de la prescripción, por lo que al haber declarado el a quo parcialmente probada dicha excepción con relación a los derechos que se causaron con anterioridad al 31 de mayo de 2012, sin que dicha consideración hubiese sido objeto de reparo en esta instancia, no hay lugar a efectuar pronunciamiento al respecto.

Ahora, debe tenerse en cuenta que al haberse declarado prescritos los derechos causados con anterioridad al 31 de mayo de 2012, la indemnización por no consignación de las cesantías que puede ser reconocida es la correspondiente al periodo comprendido entre el 31 de mayo de 2012 hasta la terminación del contrato de trabajo, esto es, 31 de mayo de 2015, ello por cuanto tal concepto se va causando y haciendo exigible de manera diaria, por corresponder a una obligación insoluta de tracto sucesivo, y así se puede extraer de lo decantado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia SL582-2021, en los siguientes términos:

"De acuerdo a lo anterior, encuentra la Sala que es procedente la sanción deprecada, la que no es acumulable sino sucesiva por causarse día a día hasta la expiración de la relación laboral, verificándose que corrieron algunos días para cada demandante que no estarían afectados del fenómeno prescriptivo, (...)

Por lo anterior, se tiene que los días objeto de la sanción para cada uno de los demandantes, corresponden a los transcurridos entre la data en que operó la prescripción trienal hasta el último día de la vigencia de la relación laboral."

Aplicado lo anterior al presente asunto, se condenará a la demandada ANGELCOM S.A., por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **\$25.321.067.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO	SALARIO	DESDE	HASTA	SALARIO DIARIO	TOTAL DÍAS	SUBTOTOTAL MORATORIA
2011	\$ 710.000	31/05/2012	31/12/2012	\$ 23.667	210	\$ 4.970.000
2011	\$ 589.500	1/01/2013	14/02/2013	\$ 19.650	44	\$ 864.600
2012	\$ 589.500	15/02/2013	31/12/2013	\$ 19.650	316	\$ 6.209.400
2012	\$ 772.000	1/01/2014	14/02/2014	\$ 25.733	44	\$ 1.132.267
2013	\$ 772.000	15/02/2014	31/12/2014	\$ 25.733	316	\$ 8.131.733
2013	\$ 808.000	1/01/2015	14/02/2015	\$ 26.933	44	\$ 1.185.067
2014	\$ 808.000	15/02/2015	31/05/2015	\$ 26.933	105	\$ 2.828.000
TOTAL SANCIÓN						\$ 25.321.067

Precisando que para aplicar la sanción sobre las cesantías causadas en el año 2011 se tuvo en cuenta el salario reportado a folio 10 que corresponde al salario del año 2012; para el año 2012, al no obrar prueba del salario devengado se tomó el salario mínimo del año 2013; para el año 2013 se tuvo en cuenta el salario del año 2014, visible a folio 12, y para el año 2014 el salario devengado para el año 2015, conforme se encuentra a folio 399. Sin que se imponga sanción alguna con relación a las cesantías causadas para el año **2015**, como quiera que la relación laboral culminó antes de que dicha obligación se hiciera exigible.

Cumple acotar que se tuvo en cuenta para el cálculo de la referida indemnización, el salario devengado para la fecha en que la obligación se hizo exigible o dicho de otra manera el salario desde cuando se configura tal sanción o se constituye en mora el empleador, ya que así se desprende de lo establecido en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, cuando establece que *"El empleador que incumpla el plazo señalado deberá pagar un día de salario por cada retardo"*, por lo que, al configurarse el retardo a partir del 15 de febrero de cada anualidad, el salario que se debe tener como referente es el vigente para la fecha de exigibilidad de la sanción, no el del año anterior con el que se liquidaron las cesantías, pues este condicionamiento no lo contiene la norma.

Al respecto de esta determinación puede tenerse como referente lo dispuesto por el Consejo de Estado, Sección Segunda, en sentencia No 08001233300020139018701 (47092014) del 01 de febrero de 2018, cuando dijo:

"Por lo tanto, el salario a tener en cuenta para liquidar la indemnización moratoria es el que devenga el empleado al momento de configurarse la mora, y cuando ocurren dos o más periodos de cesantía y mora sucesiva el salario para la liquidación cambia en el momento en que se genera un nuevo periodo de mora".

Solidaridad

Respecto de la Cooperativa de Trabajo Asociado Solidaria de Recaudo basta con traer a colación lo establecido en el artículo 17 del Decreto 4588 de 2006, que establece:

"Cuando se configuren prácticas de intermediación laboral o actividades propias de las empresas de servicios temporales, el tercero contratante, la Cooperativa y Precooperativa de Trabajo Asociado y sus directivos, serán solidariamente responsables por las obligaciones económicas que se causen a favor del trabajador asociado".

En efecto, como quedó dicho con antelación, al fungir la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO como simple intermediaria, debe responder solidariamente por las obligaciones laborales objeto de condena a cargo de ANGELCOM S.A.

Frente a la solidaridad de Transmilenio S.A., considera la Sala importante hacer notar que si bien el numeral 6º del artículo 3º del Acuerdo 04 de 1999, dispone que: *"TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por sí mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas"*, y con ello se pretende descartar la responsabilidad solidaria de Transmilenio, ello, en tanto, la operación del servicio de transporte resultaba extraña y ajena a su objeto social, lo cierto es que, en virtud del proferimiento de la sentencia SL5017 del 9 de noviembre de 2021, la Sala decidió acoger al criterio expuesto por la Corte Suprema de Justicia, según el cual, el citado artículo *"no genera la desaparición del innegable nexo de afinidad entre la actividad de transporte, que a la sazón desarrollaba Coobus S.A.S., en Liquidación, con el propósito o misión de la entidad contratante"*.

Puntualiza nuestra máxima Corporación de Justicia Ordinaria, que:

"cumple no desapercibir que los propios Acuerdo y Decreto Reglamentario prevén que, en cualquier caso, Transmilenio S.A. podrá prestar directamente el servicio cuando por alguna contingencia contractual, los operadores particulares no puedan hacerlo. Así mismo, además de reiterar el alcance del objeto social de Transmilenio S.A., la primera normativa hace énfasis en que la recurrente debe «asegurar la prestación del servicio a su cargo» (artículo 3, numeral 2). De ahí que, se insiste, no existan elementos para concluir que la operación de transporte público urbano sea ajena a quien, como se vio, debe gestionarla, garantizarla y, eventualmente, prestarla".

Bajo este derrotero, en atención a que la labor ejecutada por el actor como auxiliar de mantenimiento, esto es, reparar o realizar el mantenimiento de los equipos de carga y salida de usuario, no se enmarca dentro del objeto social de Transmilenio, a pesar de que le corresponde a tal entidad "asegurar la prestación del servicio a su cargo", pues es una labor conexas que contribuye a la prestación óptimo del servicio de transporte público, pero no una función que sea de su ejecución principal acorde a lo establecido en el certificado de existencia y representación legal, en este caso particular, no procede la solidaridad.

Al descartarse la inexistencia de la solidaridad con base en el numeral 6º del artículo 3º del Acuerdo 04 de 1999, lo procedente es revisar si en el presente asunto se configura la solidaridad del artículo 34 del CST, para lo cual debemos acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, entre otras, en sentencia SL13686 del 2017, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente.

En esa medida, ha señalado la Corte que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que resultan de la contratación que efectúe

el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera, que la citada disposición exige para que se reclame la responsabilidad solidaria en favor del trabajador, se demuestre lo siguiente:

1. El contrato de obra entre contratante o beneficiario o dueño de la obra y contratista independiente.
2. El contrato de trabajo entre contratista independiente y trabajador.
3. El nexo de causalidad entre los dos contratos.

En otras palabras, se debe acreditar (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante¹. (iii) Que exista contrato de trabajo entre el contratista y el demandante. (iv) Que el contratista o el subcontratista no cancele las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

En lo que respecta **al primer presupuesto**, se encuentra a folios 2 a 265, Cd folio 155, el contrato de concesión celebrado desde el 19 de abril del 2000 entre ANGELCOM S.A. y TRANSMILENIO, cuyo objeto es *"la explotación económica del Recaudo del Sistema Transmilenio por el concepto de venta del servicio de transporte público de pasajeros sobre las troncales (...) y, a opción de TRANSMILENIO S.A. de las que sucesivamente se lleguen a construir dentro del término de vigencia del contrato de recaudo, bajo la vigilancia y control de TRANSMILENIO S.A. (...). Otorgar en concesión la infraestructura para la instalación, operación y explotación del recaudo del Sistema del Sistema TransMilenio."*

En lo relacionado con el **segundo presupuesto**, precedentemente se dejó sentado que entre ANGELCOM S.A. y el señor Freddy Leonardo Mendoza Sichaca existió un contrato de trabajo para que éste último ejerciera como "Auxilio y/o Técnico de Mantenimiento", prestando sus servicios y ejerciendo sus funciones en favor de ANGELCOM S.A., en cumplimiento del objeto contractual celebrado entre TRANSMILENIO S.A. y ANGELCOM S.A. (Fols. 26 a 32).

En cuanto al **tercer presupuesto**, se hace necesario en primera medida remitirnos a los objetos sociales de cada una de las entidades en cuestión. Según certificado de existencia y representación legal, visto a folios 57 a 61, ANGELCOM S.A. desarrolla "(...) *Todas aquellas actividades propias de la operación y explotación económica del recaudo del sistema Transmilenio de la Ciudad de Bogotá, (...). La asesoría y/o prestación de servicios en las actividades propias de la operación y explotación de los sistemas automáticos de recaudo y de lectura en todas sus líneas y actividades*"

¹CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruiz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

Por su parte, la sociedad TRANSMILENIO S.A., tiene como objeto social, conforme se observa a folios 54 a 56, "(...) *La gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, bajo las modalidades de transporte terrestre automotor (...) Asimismo, corresponde a TRANSMILENIO S.A. la administración exclusiva del sistema, para lo cual determinara en coordinación con las autoridades competentes y dentro del marco legal, las explotaciones colaterales que conforme a las condiciones físicas, tecnológicas y de utilización del sistema pueda llevarse a cabo para promover y beneficiar la prestación del servicio público de transporte masivo*".

Como se puede observar, en línea de principio podría sostenerse que al tener TRANSMILENIO "*la administración exclusiva del sistema*", o que, de conformidad con el artículo 3 del Acuerdo 04 de 1999, "*es responsable de la prestación del servicio cuando se declare desierto un proceso de selección o cuando se suspendan o terminan anticipadamente los contratos o se declare la caducidad de los contratos con los operadores privados por las causas previstas en la ley o los contratos*", daría lugar a pensar que el soporte y mantenimiento de las estaciones y/o taquillas están incluidas en la administración y prestación del servicio de transporte, pero lo cierto es que, en este caso particular no se puede configurar la solidaridad atendiendo a lo enseñado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL2262-2018), quien al respecto ha enfatizado que "*no se trata en absoluto de que el verdadero empleador (contratista independiente) cumpla idénticas labores a las que desarrolla quien recibe el beneficio de la obra, pero tampoco que cualquier labor desarrollada por éste pueda generar el pago solidario de las obligaciones laborales*".

Así, en lo relacionado con la función o actividad de reparación o mantenimiento al interior de una entidad, y la solidaridad con la entidad que preste ese servicio, en la misma providencia atrás referida, en la que trae a colación la de radicado No 38651-2014, la Corte, dijo:

"En el caso concreto, no se puede llegar a la conclusión de que existe una conexidad o afinidad entre el mantenimiento, reparación y acondicionamiento que debe realizar la empresa Peldar S.A. de los tanques o equipos que forman parte de su actividad productiva y lo que constituye su actividad empresarial normal que se desarrolla a través de su objeto social

No se requiere de un esfuerzo interpretativo mayor para arribar a la conclusión que las dos actividades no son de la misma esencia ni envergadura, pues es obvio que cualquier entidad privada o pública que quiera desarrollar su propósito de la mejor manera está sometida a procurar las mejores condiciones de eficiencia y seguridad de sus instalaciones y equipos, que hacen necesarias labores de mantenimiento o acondicionamiento de su planta física, ineludibles para el desarrollo de su actividad empresarial, lo que jamás podrá significar que las labores realizadas con dicho fin, sean del giro ordinario de sus negocios, si tenemos en cuenta que, en un sentido estricto, toda labor que se desarrolle dentro de una empresa de una forma u otra, guardará relación con su objeto social, pues se realiza en virtud de él, por y para ese fin, es decir, será conexa, ligada, así sea de forma indirecta".

Igualmente, propala lo dicho en la sentencia de radicación No 30.997 del 17 de junio de 2008, en la que la Corte concluye que:

"Claro que para cumplir con su objeto se requiere que las diferentes instalaciones físicas sean funcionales al servicio que la entidad presta, pero la construcción de ellas, así como su mantenimiento, reparación o adecuación, como ya se dijo, no hacen que esa entidad usuaria de dichos servicios se convierte en solidaria por las acreencias laborales del contratista que las ejecuta, porque ellas tan solo son un apoyo para el cabal cumplimiento de su labor".

En ese orden de ideas, el sentenciador de primer grado no se equivocó al colegir que TRANSMILENIO S.A. en su condición de beneficiaria del servicio, no debía responder de manera solidaria, dado que la actividad desarrollada de "mantenimiento" no puede, en el caso concreto, considerarse como una actividad normal o del giro ordinario de TRANSMILENIO, pues si bien tal actividad conlleva a que se preste el servicio de transporte en condiciones funcionales y optimas, no son actividades que de manera directa estén a cargo de TRANSMILENIO, ya que no están inmersas en su objeto social ni contribuyen de manera inevitable y directa al desarrollo de su actividad empresarial.

Por lo expuesto, mal podría la Sala dar por configurada la solidaridad, precisando que aunque en otros procesos fue declarada, ello lo fue porque, los supuestos fácticos son dísimiles, especialmente en torno a las funciones desempeñadas por los demandantes, encontrándose cumplidos los tres presupuestos de que trata el artículo 34 del CST, y en suma, se itera, porque las funciones o actividades desplegadas por quienes fungieron como promotores de la litis, tenían relación directa con el objeto social de Transmilenio, tal es el caso de quien funge como conductor o "taquillero", entre otros.

Dicho todo lo anterior, no queda más que revocar parcialmente la decisión de instancia, declarando que el verdadero empleador es ANGELCOM S.A., adicionando en las condenas lo respectivo a la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo, y confirmando la absolución de la solidaridad frente a TRANSMILENIO.

COSTAS

Costas a cargo de SOLIDARIA DE RECAUDO CTA y ANGELCOM S.A. por no prosperar el recurso de apelación, sin costas a cargo del demandante por haberle prosperado el recurso parcialmente. 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: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida el 14 de marzo del 2019, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la relación laboral con la CTA SOLIDARIA DE RECAUDO, para en su lugar, **DECLARAR** que entre **FREDDY LEONARDO MENDOZA SICHACA** y **ANGELCOM S.A.** existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 15 de abril de 2011 y el 31 de mayo de 2015, en el cual la **CTA SOLIDARIA DE RECAUDO** actuó como simple intermediaria, conforme las consideraciones atrás vertidas.

SEGUNDO: MODIFICAR y ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia referida, el cual quedará de la siguiente manera:

"SEGUNDO: CONDENAR a la demandada ANGELCOM S.A. y solidariamente a CTA SOLIDARIA DE RECAUDO, a pagar al señor FREDDY LEONARDO MENDOZA SICHACA las siguientes sumas de dinero:

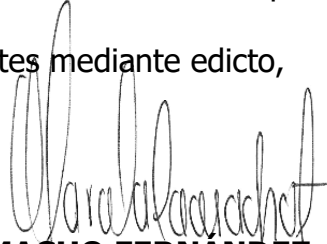
(...)

d) **\$25.321.067**, por concepto de sanción por no consignación de cesantías”.

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

TERCERO: CONDENAR en costas en favor de la parte demandante y a cargo de **ANGELCOM S.A. y CTA SOLIDARIA DE RECAUDO**. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

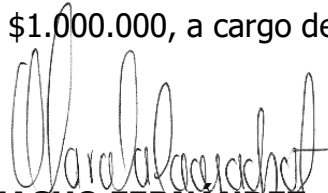


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 a cargo de **ANGELCOM S.A. y CTA SOLIDARIA DE RECAUDO**, fijándose como agencias en derecho en favor de **FREDDY LEONARDO MENDOZA SICHACA** en la suma de un SMLMV, correspondiente a \$1.000.000, a cargo de cada entidad.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GLADYS MIREYA ARIZA AMADO
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 11001-31-05-008-2020-00043-01
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA JULIETH HERRERA ALFONSO y ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas en legal forma, como apoderadas sustitutas de la demandante y Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GLADYS MIREYA ARIZA AMADO instauró demanda ordinaria contra de COLPENSIONES y COLFONDOS S.A., con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación realizada por el 1 de mayo de 1996, por falta al deber de información, en consecuencia, se condene a Colfondos S.A. a trasladar el capital objeto de las cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos y gastos de administración con destino a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante y tenerla como afiliada sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita, y el pago de costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 26 de mayo de 1963; que inició sus cotizaciones al sistema integral de seguridad social desde el 29 de septiembre de 1989 a través del Fondo Territorial de Pensiones de Bucaramanga; que luego, del 15 de marzo de 1991 realizó sus cotizaciones a la Caja de Previsión Social del Distrito, y posteriormente, a partir del 01 de enero de 1996 cotizó directamente al Seguro Social; que luego de una reunión masiva con los empleados de la entidad donde laboraba, se trasladó a COLFONDOS S.A. en el mes de mayo de 1996; que COLFONDOS S.A. no le brindó la asesoría completa e integral de las consecuencias de su traslado de régimen pensional; que en noviembre de 2019 Colfondos le hace una simulación pensional, informándole que su mesada sería de un SMLMV; que el 10 de enero 2019 presentó solicitud de traslado ante Colpensiones y Colfondos S.A., sin respuesta alguna.

(pág. 1 a 17 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 80 EXP 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que se desconoce las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que el demandante efectuó el traslado del RPM al RAIS; que el traslado realizado por la actora fue efectuado en ejercicio de su libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 de la ley 100 de 1993; que es la actora quien debe demostrar el vicio del consentimiento por falta de información. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Fol. 89 a 92 EXP 01)

3.2 COLFONDOS S.A. No presentó oposición a las pretensiones señalando que aunque la afiliación es completamente valida y Colfondos obró de acuerdo a los parámetros establecidos en ley, si el despacho ordena el traslado no se opondrá a tal decisión, en consecuencia, se procederá a trasladar los aportes registrados en la cuenta de ahorro de la demandante junto con sus respectivos rendimientos, siempre y cuando no implique algún tipo de responsabilidad para la AFP. No se presentaron excepciones de fondo (Fol. 82 a 86 EXP 01).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS administrado realizado a COLFONDOS S.A. el 13 de marzo de 1996; declaró que la actora se encuentra válidamente afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A. a devolver a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración; absolvió de las demás pretensiones, y se abstuvo de imponer costas.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en lo reiterado al respecto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral al respecto, entre otras sentencias la SL1421, SL1452 y SL1689 del 2019, en la cual, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, previendo la procedencia y la ineficacia del traslado del régimen pensional por falta al deber de información; que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente; que las afirmaciones consignadas en los formatos pre impresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo no son suficientes para poder demostrar el deber de información, y a lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado; que la información debe contener todos los aspectos favorables como desfavorables del cambio de régimen; que la carga de la prueba del consentimiento está en cabeza de los fondos; que el traslado del régimen de RPMPD al RAIS no se convalida por los traslados entre administradoras; que en el caso concreto la demandante se vinculó al RAIS a través de Colfondos S.A. el 13 de marzo de 1996, sin haberse acreditado por la AFP el suministro de información como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral; que según los testigos, Colfondos no se les impartió una asesoría y que lo único que hicieron fue firmar el formulario de vinculación; que hay lugar a declarar la ineficacia de la vinculación que realizó la demandante a la AFP COLFONDOS S.A., debiendo trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, junto con los rendimientos financieros, y los gastos de administración que posea la demandante en su cuenta; que el derecho a solicitarla nulidad o ineficacia de la filiación no puede haberse afectado por el fenómeno jurídico de la prescripción en la

medida que, además de tratarse de una pretensión declarativa, involucra un derecho que es imprescriptible como es el derecho pensional. No impuso costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión no fue recurrida por las partes, por lo que se envió el expediente ante el Tribunal para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se confirme la decisión de instancia, al evidenciarse la falta de información por parte de la AFP del RAIS.

6.2 Colpensiones. Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 69 del CPTSS que consagra.

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) ¿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 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 01 de enero de 2002, 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 GLADYS MIREYA ARIZA AMADO, empezó a cotizar al régimen de prima media con prestación definida desde el 29 de septiembre de 1989 hasta el 03 de septiembre de 1990, con el Fondo Territorial de Pensiones de Bucaramanga (Fol. 44 archivo No 01); que posteriormente, entre el 15 de marzo de 1991 al 30 de diciembre de 1995 efectuó aportes en la Caja de Previsión Social del Distrito (Fol. 48 archivo No 01), y luego se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1996, conforme aparece en la historia laboral de COLPENSIONES (Fol. 1 A 4 Expediente administrativo); que se trasladó a COLFONDOS S.A, a partir del 13 de marzo de 1996, como aparece en la certificación expedida por Colfondos (fol. 39 archivo No 01); donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 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 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 la postura de las AFP 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.

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 sólo 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 actora, 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 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 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 las AFP 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 demandante 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.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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 el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no

haber pertenecido al RAIS, 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).

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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia 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 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 no se impondrá costas ya que la sentencia se revisó en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES. 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,

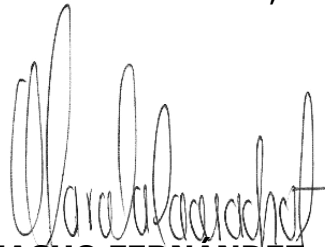
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 28 de junio del 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a COLFONDOS S.A. (durante la vigencia de la afiliación en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, el cual 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 la sentencia consultada en todo lo demás.

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

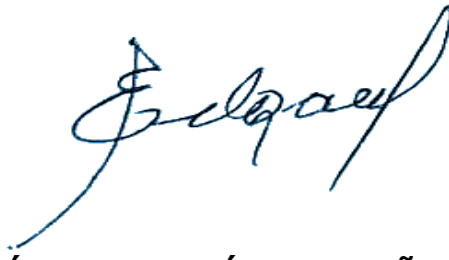
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: NUBIA PUENTES TORRES
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 11001-31-05-016-2019-00220-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. NUBIA PUENTES TORRES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia, se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar a COLPENSIONES todas las cotizaciones y rendimientos de la cuenta de ahorro individual; que se ordene a Colpensiones a aceptar el traslado y recibir todos y cada uno de los aportes pensionales, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 23 de marzo de 1965; que se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 04 de abril de 1986; que en el mes de septiembre de 1994 se trasladó a PROTECCION S.A.; que la AFP PROTECCIÓN S.A. no le brindó la información acerca de las consecuencias del traslado de régimen; que para el mes de agosto de 2017 solicitó a COLPENSIONES la aceptación o traslado de régimen, pero no fue respondida; que el 23 de julio de 2019 presentó reclamación administrativa ante COLPENSIONES, agotando la vía gubernativa. (Fols. 225 a 241)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 335); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación al RAIS cumple con los presupuestos legales para su existencia y no infringe la norma, con lo cual no procede la ineficacia del traslado; que la demandante no probó causal alguna de que la afiliación es nula o ineficaz. Formuló como excepciones de mérito las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, 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 seguridad social del orden público, buena fe, y la innominada (folios. 267 a 279).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario se suscribió de forma libre y espontánea; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito propuso las que denominó 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, la innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS; e inexistencia de la obligación de devolver el seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS. (Cd folio. 350)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de marzo de 2022, en la que el juez de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS realizado a PROTECCION S.A.; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual, incluyendo los valores por capital, intereses, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales si los hubiere, y en general toda suma que se haya recibido en el régimen de ahorro individual con solidaridad, con motivo de las cotizaciones efectuadas en favor de la demandante; condenó a COLPENSIONES a recibir las sumas que traslade PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en la ley 100 de 1993 en sus artículos 12 y 13 señalando que la afiliación a cualquiera de los dos regímenes es libre y voluntaria, así como también tuvo en cuenta lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, señalando que se requiere información objetiva y comparada que garanticen la transparencia en la información brindada a la afiliada; que se invierte la carga probatoria, por lo que la AFP debe probar que brindó la asesoría de manera correcta; que las AFP deben brindar una información clara, eficaz y oportuna; que la AFP debía hacer una ilustración de condiciones de acceso, características, ventajas, desventajas, riesgos y consecuencias de cada uno de los regímenes; que la firma y las consignaciones pre-impresas en los formularios no son suficientes y a lo sumo acreditan un consentimiento pero no informado; que la demandante no recibió una información clara, cierta y oportuna; que al no evidenciarse el suministro de la información, se debe declarar la ineficacia, con la consecuencia de que la AFP PROTECCIÓN debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y sumas adicionales de la aseguradora, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales si los hubiere; que la re- asesoría no tienen la virtualidad de subsanar la falta de información inicial y finalmente que la ineficacia no está sometida al término trienal de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la AFP PROTECCIÓN S.A., quien manifiesta que de conformidad con el literal b) del artículo 60 de la ley 100 de 1993, se establece que en el RAIS una parte del ahorro está destinado al pago de prima de seguros, a financiar el fondo de solidaridad pensional y a cubrir los gastos de administración, por lo que es improcedente su devolución, además que en ambos regímenes se hace el descuento; que devolver los gastos con cargo a las utilidades constituye una sobre-remuneración injustificada a cargo de la AFP, ya que las gestiones de administración generaron unos rendimientos financieros; que los gastos de administración están autorizadas por vía legal; que PROTECCIÓN S.A. está imposibilitada para recobrar dichos conceptos ante la aseguradora; que asumir el

traslado de los gastos de administración y demás conceptos con cargo a su propio patrimonio constituiría un enriquecimiento sin causa justa, y se estaría afectando la estabilidad financiera y económica del sistema general de pensiones; que no cuenta con soporte normativo legal autorizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho. En definitiva, aduce que no es procedente la devolución de gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 Demandante. Solicita que se confirme la decisión de instancia, al no haberse suministrado la información necesaria e integral al momento del traslado.

6.2 Protección S.A.. Peticiona que se revoque la sentencia de primera instancia, en lo que refiere a los gastos de administración, primas de seguro previsional y fondo de solidaridad pensional, así como las costas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN 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 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 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 demostrado que la señora NUBIA PUENTES TORRES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 4 de abril de 1986, con cotizaciones hasta el 2 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 1 a 9 historia laboral- cd folio 354); que se trasladó a PROTECCION el 14 de septiembre de 1994, tal como se constata con el formulario de afiliación (Fol. 32 archivo contestación Cd folio 350), entidad donde se encuentra actualmente conforme la historia laboral de cotizaciones (Fol. 39 a 57 archivo contestación Cd folio 350).

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- 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 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 la postura de las AFP 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.

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 sólo 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 actora, 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 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 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 debe indicar respecto 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 la demandante 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.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que *"el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar"*, tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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 el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no

haber pertenecido al RAIS, 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).

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, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia 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 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 impondrán costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de alzada. 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,

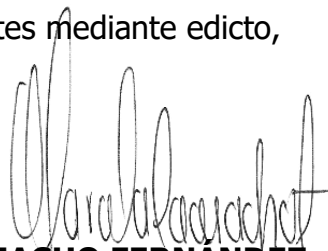
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 24 de marzo del 2022, por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación en la AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el cual 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 la sentencia apelada y consultada en todo lo demás.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

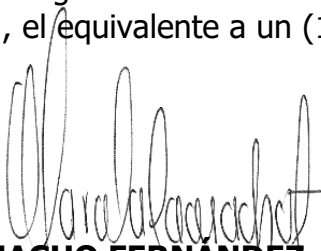


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



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: *MIREYA NAVARRO GUERRERO*
DEMANDADO: *COLPENSIONES, PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-019-2018-00656-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MIREYA NAVARRO GUERRERO, instauró demanda ordinaria contra de COLPENSIONES; PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A, con el fin de que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS; en consecuencia de lo anterior se ordene el retorno de la demandante al RPMPD; que se declare la nulidad de traslado entre administradoras RAIS realizado de Protección S.A. a Porvenir S.A., en abril de 2002; en consecuencia de lo anterior se ordene a la AFP Protección S.A. a trasladar todas las cotizaciones y rendimientos financieros de la demandante con destino a Colpensiones, lo extra y ultra petita, y costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 5 de marzo de 1961; que cotizó al ISS, hoy COLPENSIONES desde marzo de 1986; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. en febrero de 1997; que recibió información errada sin una asesoría profesional para el traslado de régimen; que en marzo de 2002 fue abordada por un asesor de Provenir S.A., quien no le brindó asesoría profesional para realizar el traslado de régimen; que en julio de 2002 se trasladó a Protección S.A.; que el 31 de julio de 2018 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen, pero le fue negada el mismo día; que el 31 de julio de 2018 radicó ante la AFP Protección S.A. solicitud de información y aclaración sobre el traslado de régimen, siéndole respondida el 24 de agosto de 2018 de manera incompleta; que el 27 de julio de 2018 elevó solicitud ante la AFP Porvenir S.A., referente al traslado de régimen, pero le fue respondida el 21 de agosto de 2018 de forma incompleta (folio. 3 a 23).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 183 a 184); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no obra prueba alguna que a la demandante se hubiera hecho incurrir en error o falta del deber de información por parte de la AFP; que su vinculación se hizo de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 DE 2010 para trasladarse de régimen en cualquier tiempo; que se encuentra inmersa en la prohibición legal del traslado; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por la actora. Propuso como excepciones de mérito las que denominó 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 seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 185 a 201)

3.2 PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que la información suministrada a la actora se encuentra acorde con las disposiciones legales; que las reglas y condiciones en que se realizó la vinculación no fue caprichosa o abusiva; que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal suscribió el formulario de afiliación al RAIS; que no hay prueba alguna de que el asesor actuó de forma dolosa o forzosa; que no se presentó un vicio en el consentimiento; que el error de derecho no vicia el consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las que denominó 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. 106 a 115).

3.3 PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que el acto de traslado es un acto existente, válido, exento de vicios: que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños; que el acto jurídico cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que la demandante no puede afirmar que hay engaños y solicitar una nulidad basada en que sus expectativas de la pensión de vejez no se cumplieron. Propuso como excepciones las que denominó 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, y la innominada o genérica (fols.128 a 146).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de junio de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD administrado por la Caja de Previsión Departamental de Cúcuta al RAIS efectuado el 22 de enero de 1997 a PROTECCIÓN S.A., la posterior afiliación a PORVENIR S.A. realizada en marzo de 2002 y el respectivo retorno a PROTECCIÓN S.A. que se hizo el 09 de agosto de 2002; declaró válidamente vinculada al régimen RPMPD administrado por Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo, siempre permaneció en el RPMPD; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores recibidos con motivo de la afiliación, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración; absolvió a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra, y se abstuvo de imponer costas.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en el artículo 21 de la Ley 797 2003, el Decreto 663 De 1993, artículo 93, numeral 1, artículo 3, literal C de la ley 1328 de 2009, Decreto 2249 del 2010, ley 7482 1014, y sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras la SL1452 de 2019, de lo cual se puede deducir que no es indispensable que el afiliado sea beneficiario del régimen de transición para que opere la ineficacia de los traslados; que el simple consentimiento que tiene el formulario de afiliación es insuficiente; que la información suministrada a los afiliados debe ser clara, cierta, y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, riesgos y consecuencias del cambio pensional; que en el caso concreto el fondo accionado incumplió con el deber legal de brindar una información relevante al momento de la afiliación, ya que no se le informó cuáles eran los tiempos para devolverse al RPMPD; que el formulario de afiliación solo contienen información básica, lo que permite evidenciar la falta de información, razón por la cual se debe declarar la ineficacia del régimen pensional efectuada por la demandante. Frente a la excepción de prescripción la declaró no probada por estar ligada la ineficacia al derecho pensional de carácter imprescriptible, y finalmente, se abstuvo de imponer costas.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por las siguientes partes procesales:

5.1 DEMANDANTE. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que no está de acuerdo con la absolución de las costas procesales, toda vez que conforme el CGP y el Acuerdo del Consejo Superior de la judicatura, las demandadas deben ser condenadas en costas por resultar vencidas en el proceso, y además que se opusieron a todos y cada una de las pretensiones incoadas dentro de la demanda.

5.2 COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación señalando que no se presenta la ineficacia del traslado, dado que para el momento del traslado solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación; que para la fecha de la suscripción y firma el formulario no existía la ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de brindar asesoría a sus afiliados; que no es razonable ni jurídicamente valido poner a la administrada obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico; que la exigencia del deber de información vulnera el principio de legalidad y el debido proceso; que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, ya que Colpensiones es un tercero en este asunto; que la accionante ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con el traslado, poniendo en riesgo equilibrio o estabilidad financiera del sistema; que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de retorno al régimen de prima media con prestación definida; que los recursos que reciba la administradora por concepto de cotizaciones no son suficientes para pagar las pensiones a su cargo; que en caso de confirmar la decisión, se debe mantener la condena impuesta a la AFP en lo relativo a reintegrar a Colpensiones la totalidad de las de las cotizaciones que recibió por parte de la demandante, como rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales, cuotas de administración y en general todos los aportes efectuados por el accionante a la AFP.

5.3 PROTECCIÓN S.A. Señaló que la comisión de administración y las primas del seguro previsional son descuentos autorizados en la ley 100 de 1993, y Ley 797 del 2003; que la devolución de tales conceptos se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones; que solo es procedente el traslado de los rendimientos de la cuenta de ahorro individual producto de la buena gestión de administración realizada por Protección; que el Decreto 2555 del 2010

señala que el manejo de los recursos administrados por las AFP es vigilado por la Superintendencia Financiera de Colombia, por lo que debe tenerse en cuenta el concepto del 17 de enero del 2020, esto es, que solo es procedente devolver los conceptos de que trata el Decreto 3995 del 2008; que debe prosperar la prescripción.

5.4 PORVENIR S.A. Precisó que para la época del traslado cumplió con todos y cada uno de los lineamientos normativos, tanto lo establecido en el Decreto 663 y en la Ley 100 de 1993; que Porvenir cumplió con la totalidad de las exigencias a su cargo y en consecuencia, pues no se demostró que se haya dado una falta de información al momento del traslado y por ende, no se puede declarar ineficacia.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema; que en el evento de confirmar la ineficacia del traslado, se ordene a la AFP trasladar la totalidad de las sumas obrantes en la CAI.

6.2 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 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; que debe tenerse en cuenta el salvamento de voto de la sentencia de tutela con radicado No 5912 del 13 de mayo de 2022.

6.3 DEMANDANTE.: Solicita que sea confirmada la decisión que declaró la ineficacia del traslado, dado que no se cumplió con el deber de información, así como también que se condene en costas conforme el CGP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A., 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 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 01 de enero de 2002, 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 MIREYA NAVARRO GUERRERO, efectuó cotizaciones para el Régimen de Prima Media con Prestación Definida a través de la Caja de Previsión Departamental de Cúcuta, conforme se desprende del formulario de vinculación al RAIS y el reporte SIAF (fol.117 y 118); que se trasladó a la AFP PORVENIR el 20 de noviembre de 1995 (fol. 117); posteriormente se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 22 de enero de 1997 (fol. 39); luego, el 31 de enero de 2002 se trasladó a PORVENIR S.A. (fol. 118); y finalmente, el 09 de agosto de 2002 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol.148), entidad donde se encuentra actualmente según historial de cotización (Fols. 151 a 161).

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 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 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 desanimarse de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP 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.

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 actora, 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 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 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 las AFP 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 SL1688-2019, el hecho de que la demandante 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.

Actos de relacionamiento

Alude en su defensa el apoderado judicial de la parte apelante que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación

Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

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 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 PORVENIR 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 20 de noviembre 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 que antes del traslado al RAIS venía cotizando a la Caja de Previsión Departamental de Cúcuta, debe señalarse que de 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, se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que haya estado efectuando aportes en tenga aportes en la Caja de Previsión Departamental de Cúcuta, 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 cajas de previsión, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con la Caja de Previsión Departamental de Cúcuta, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que la Caja de Previsión Departamental de Cúcuta fue liquidada mediante Decreto 453 de 1995, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por la actora a dicha entidad.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación al régimen de prima media con prestación definida, administrado por 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, 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, comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, lo que en efecto no hizo la a quo, pues si bien ordenó el traslado de aportes a cargo de PROTECCIÓN S.A. no hizo extensiva la condena a PORVENIR S.A. y se omitió el traslado de los descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, razón por la que se debe impartir adición en este tópico.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia 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: *".../as <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 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 impondrán costas a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y a favor de la parte demandante por no haber prosperado el recurso de apelación. De las de primera instancia deberán revocarse y ordenarse su imposición, pues de conformidad con el numeral 1, del artículo 365 del CGP, hay lugar a imponer costas a la parte vencida en el proceso, el cual, para el sub examine corresponde a COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., aunado a que las tres entidades ejercieron férrea oposición a las pretensiones de la demanda. Tésense.

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,

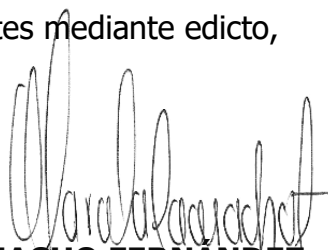
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 25 de junio de 2021, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP PROTECCIÓN S.A. se extienda a PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **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.

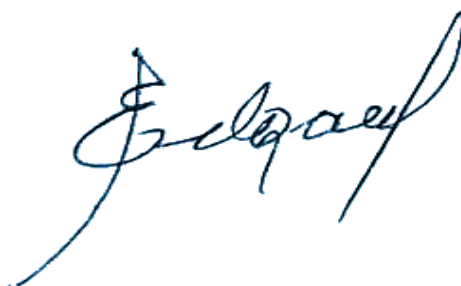
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.. Las de primera, se revocan y deberán imponerse por el juzgado de origen. Tésense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

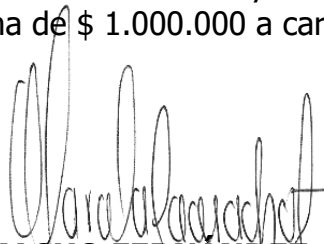


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000 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: MARÍA CLAUDIA PEÑA VILLAMIL
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. Y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 110013105-026-2019-00480-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, dieciséis (16) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, 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. MARÍA CLAUDIA PEÑA VILLAMIL instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare el incumplimiento de las AFP del deber de información y en consecuencia se dé paso a la ineficacia o nulidad del traslado al RAIS. A su vez, se declare que continúa válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones. Se ordene a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a Colpensiones los valores consignados en la cuenta de ahorro individual por concepto de aportes y rendimientos realizados al régimen general de pensiones. Así mismo, pide se declare lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que venía afiliada al régimen de prima media administrado por el ISS hasta el 30 de noviembre de 1997; que se trasladó a PROTECCIÓN S.A. el 01 de diciembre de 1997; que posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 01 de julio de 2014; que las AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A., no le brindaron asesoría al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado ante las AFP del RAIS y COLPENSIONES, pero le ha sido resuelto de manera negativa (fols. 3 a 32 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 107 a 108); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a las pretensiones con fundamento en que el traslado al RAIS cuenta con plena validez e indica que se atenderá a lo probado en el proceso, además de que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal de que trata el artículo 2 de la ley 797 de 2003, en el mismo sentido señala que debe contar con el análisis y la aprobación de la AFP en la que se

encuentra afiliada actualmente. Como excepciones de mérito rotuló las de, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho de a obligación, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (Fols. 109 a 113 archivo No 01).

3.2 AFP COLFONDOS S.A. Contestó la demanda allanándose a las pretensiones, con fundamento en que no cuenta con soportes de las asesorías o proyecciones presentadas a la demandante que demostrase la información brindada sobre el comparativo entre ambos regímenes y la demandante tomase la mejor decisión; de igual forma menciona que a pesar de lo anterior, la demandante se encontraba inmersa en la prohibición legal de traslado y la vinculación fue exenta de cualquier vicio del consentimiento u omisión de la información con el fin de obtener algún beneficio. (Fols. 129 a 130)

3.3 AFP PROTECCIÓN S.A. En la oportunidad legal manifestó que presenta oposición a todas las pretensiones, sosteniendo que la AFP cumplió con el deber de información y asesoría oportuna, pertinente, objetiva y comprensible; que la afiliación fue válida, existente y exenta de vicios del consentimiento; que la demandante manifestó su voluntad con la suscripción de los formularios de afiliación; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal consagrada en la ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir; buena fe; prescripción; aprovechamiento de los recursos públicos y del sistema general de pensiones; reconocimiento de restitución mutua a 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 provisional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe; traslado de aportes y la innominada o genérica (Fols. 1 a 28 archivo No 04)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de junio de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los valores generados por concepto de aportes, y rendimientos financieros, sin descontar valor alguno por cuotas de administración o comisiones; condenó a PROTECCIÓN S.A. que trasladen a COLPENSIONES los valores correspondientes a cuotas de administración de la cuenta de la demandante; ordenó a COLPENSIONES que acepte la transferencia de los aportes y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones presentadas. Condenó en costas solo a la AFP PROTECCIÓN S.A.

La decisión de la Juez se basó en que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, junto con lo expuesto en la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre de 2014 Rad. 46292 para que la afiliación se entienda como libre y voluntaria, deberá ser analizado si la entidad proporcionó al afiliado la información de los riesgos del traslado de régimen y los beneficios, es decir, verificar el cumplimiento del deber de información, para que el afiliado pueda tomar una decisión libre e informada; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de PROTECCIÓN S.A. que se haya indicado las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el año de la afiliación; que si bien se allegó el formulario de afiliación con la correspondiente firma, en el interrogatorio de parte manifestó que a la hora de la suscripción le indicaron que ambos regímenes no presentarían diferencias, junto con una explicación mínima del funcionamiento de estos fondos privado, es por ello que no se logra acreditar la debida información que se exige por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

Que si bien el actor realizó el traslado entre AFP del mismo régimen, ello no convalida la ineficacia del traslado inicial por cuantos este no podrá ser entendido como un acto de relacionamiento que subsane las falencias anteriores de acuerdo con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Que la consecuencia de la ineficacia del traslado es que se devuelvan las cotizaciones, rendimiento, cuotas de administración y comisiones a COLPENSIONES, a cargo de todas las AFP donde se haya afiliado la demandante y por el lapso en que haya durado la vinculación en cada una.

Que no opera la prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

Finalmente, solo condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **PROTECCIÓN S.A.**, quien solicita que se revoque de manera parcial la decisión de instancia en lo que respecta a los gastos de administración y comisiones, ya que fueron conceptos que se descontaron por disposición legal, el cual es utilizado para cubrir los gastos de administración y pagar las primas de seguro previsional; que al momento de trasladarse la actora los aportes tuvieron ganancias significativas gracias a la buena gestión de la AFP PROTECCIÓN S.A.; que se incurre en un enriquecimiento sin causa por parte de COLPENSIONES al recibir una comisión que no hace parte de la financiación de la pensión de vejez de la demandante; que la aplicación del artículo 1746 del Código Civil como sustento de las consecuencias de la declaratoria de ineficacia se hace de manera parcializada entendiendo que se pretenda que no hayan efectos jurídicos para el contrato de afiliación, la administración de los aportes y los descuentos de administración, pero se entiende que el acto jurídico existe cuando se trata de conservar los rendimientos financieros; que tampoco es dable que las administradoras de pensiones asuman con su patrimonio los descuentos para cubrir los seguros previsionales dado que estos gastos fueron sufragados por una aseguradora contratada por mandato legal; que sí opera el fenómeno de la prescripción sobre la comisión de administración en tanto es un concepto de tracto sucesivo, no financia directamente la prestación económica de vejez y sobre lo que recae la imprescriptibilidad es precisamente la declaratoria de la ineficacia diferentes a los créditos y obligaciones que de esta derivan los cuales deben aplicársele el fenómeno prescriptivo.

6. Alegatos de conclusión:

6.1 Demandante. Solicita que se confirme la decisión de instancia, al evidenciarse la falta de información por parte de la AFP del RAIS.

6.2 Colpensiones. Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que la actora se encuentra en la prohibición legal de traslado; que no se acreditó los vicios del consentimiento; que la carga de la prueba está a cargo de la demandante; que para la fecha del traslado no se exigía nada diferente al formulario de vinculación; que el traslado conlleva a una descapitalización del sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A., 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 falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (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 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARÍA CLAUDIA PEÑA VILLAMIL, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 1 de enero de 1995, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 71); que el 18 de noviembre de 1997 se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (Fol. 39 archivo No 004), posteriormente se trasladó a COLFONDOS S.A. el 23 de mayo de 2014 (fol. 90 archivo No 001), donde actualmente se encuentra afiliada según su historia laboral.

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 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 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 pre-impresa 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.

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 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 debe indicar respecto 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 demandante 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.

Actos de relacionamiento

Alude en su defensa el apoderado judicial de las partes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados “actos de relacionamiento” modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que “*el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar*”, tesis que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado y sin que el hecho de que el afiliado

permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

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 18 de noviembre 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

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del 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 el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, 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, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, 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).

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, comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A.; sin embargo, no congloba de manera expresa los conceptos de sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y, por ende, se debe impartir adición en este tópico.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia 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 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 PROTECCIÓN S.A. y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. 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,

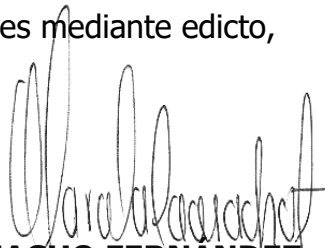
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida el 02 de junio de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia en cada AFP), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, las **sumas adicionales de la aseguradora y descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima** de manera íntegra, **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, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A.. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



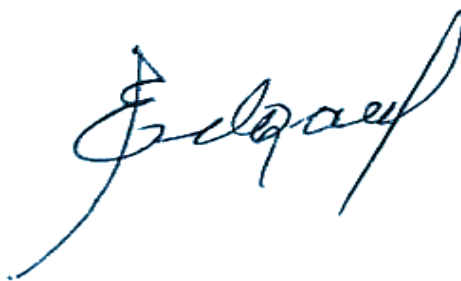
DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



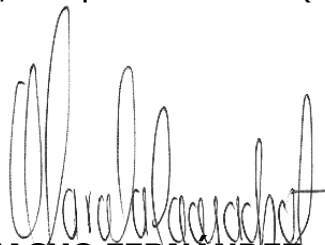
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARMEN LUCÍA PARRADO SÁNCHEZ
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 12-2020-00185-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN DE VEJEZ- CONFIRMA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmen Lucía Parrado Sánchez, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que la encartada omitió el deber de realizar acciones de cobro al Edificio Vergara P.H., ante la falta de cancelar aportes a pensión respecto al periodo comprendido entre el 1º de septiembre de 1999 al 30 de abril de 2009; y que es beneficiaria del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, resultando aplicable el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990. En consecuencia, solicitó se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de pensión de vejez al amparo de la citada normatividad, a partir del 16 de julio de 2019, teniendo una tasa de reemplazo equivalente al 84.9% del ingreso base de liquidación de los últimos diez años, intereses moratorios previsto en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 1 de febrero de 1978 al 15 de julio de 2019, prestando sus servicios al Edificio Vergara P.H., quien realizó aportes pensionales de forma extemporánea durante el lapso del 1 de septiembre de 1999 al 31 de abril de 2009. Refirió que el entonces ISS no realizó las acciones de cobro tendientes a obtener pago de cotizaciones pensionales adeudadas por el empleador, tampoco efectuó los requerimientos para subsanar el error al ejecutar los trámites del pago extemporáneo.

Expuso que tiene un total de 1.170 semanas, además, que nació el 4 de septiembre de 1953 y cumplió los 55 años el mismo día y mes del año 2008, por tal razón el 14 de enero de 2020 elevó petición tendiente a obtener el reconocimiento pensional, solicitud que le fue negada mediante Resolución núm. SUB-50382 del 21 de febrero de 2020, considerando la enjuiciada la falta del requisito mínimo de semanas requeridos por la Ley.

(Expediente electrónico, PDF 004.SUBSANACIÓN DEMANDA (43 AL 116))

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 010. Constancia notificación ANDJE (FL. 245-248)); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que los ciclos 1997-12 a 2009-04, fueron cancelados por el empleador, Edificio Vergara P.H., de forma extemporánea el 23 de diciembre de 2009, fecha para la cual tampoco reportaba relación laboral con la citada copropiedad, por tanto, los ciclos no fueron contabilizados en su historia laboral, reportando un total de 668 semanas de cotización. Indicó que no puede reconocer el derecho pensional pretendido, toda vez que no cumple con 500 semanas pagadas durante los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de 55 años, ni con 1000 semanas sufragadas en cualquier tiempo, pues a la fecha cuenta con 668 semanas.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 3° a 5°, 8°, 9° y 11° a 13°, relacionados con el empleador realizó aportes pensionales entre el 1 de marzo de 1997 al 30 de agosto de 1999 y de forma extemporánea desde el 1 de septiembre de 1999 al 31 de abril de 2009, los cuales fueron cancelados con sus respectivos intereses; edad y condición de beneficiaria del régimen de transición; la petición sobre el reconocimiento pensional; y la negativa de la misma a través de Resolución núm. SUB-50382 del 21 de febrero de 2020. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, prescripción, buena fe y genérica. (Expediente electrónico, PDF 008. AUTO TIENE POR CONTESTADA (FL242))

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de agosto del 2022, en la que la falladora condenó a la enjuiciada a pagar la pensión de vejez prevista en el Decreto 758 de 1990, a partir del 16 de julio de 2019, en cuantía de \$828.116, en 14 mesadas al año, junto con los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera, desde el 14 de julio de 2020 y hasta cuando se efectúe el pago de mesadas adeudadas.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si la llamada a juicio debía convalidar el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 1999 al 31 de abril de 2009, servido al empleador Edificio Vergara P.H. y, como consecuencia de ello, si hay lugar al reconocimiento y pago de pensión de vejez con fundamento en el Acuerdo 049 de 1990, a partir del 16 de julio de 2019, junto con los intereses moratorios e indexación de las sumas adeudadas. Con tal propósito, observó el reporte de semanas de cotización de la actora, precisando que los citados aportes pensionales, pese a que fueron cancelados por el empleador el 16 y 23 de diciembre de 2009, Colpensiones registró la observación “no registra relación laboral y afiliación con este pago”, por tanto, no los tuvo en cuenta en la historia laboral.

Luego de analizar los demás medios de convicción allegados al plenario, sostuvo que Colpensiones sabía del cambio de régimen de la copropiedad a propiedad horizontal del Edificio Vergara, el cual solicitó copia de la liquidación de la reserva actuarial, de allí que no exista justificación, para que no convalide las semanas. Sumó a lo anterior que la encartada, sino estaba de acuerdo con el pago, debió requerir a la empresa y no esperar hasta que la trabajadora se percatara de que no le habían sumado las semanas y efectuará la respectiva reclamación.

De lo anterior, denotó mala fe y negligencia sobre la actuación que realizó la entidad al imponer a la demandante cargas que no le correspondían, a más que para agosto de 1999 no se presenta novedad de retiro con la copropiedad Edificio Vergara y aunque su empleador a partir de aquella fecha realizó cotizaciones bajo la propiedad horizontal, con

un número de aportante diferente, le era imperativo requerir a la trabajadora o empleador, para corregir la falencia, pero la entidad de seguridad social guardó silencio.

Bajo ese horizonte, explicó que, si el reparo de la enjuiciada iba encaminado al pago extemporáneo de las cotizaciones pensionales e intereses presuntamente erróneos, debió ejercer las acciones de cobro previstas en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, de allí que al no hacerlo debía asumir las consecuencias de su omisión. De esta manera, dijo que, al convalidar los ciclos de septiembre de 1999 a abril de 2009, que equivalen a 497.14 a las 668.14 que aparecen en la historia laboral, arrojan un total de 1.165.28 semanas cotizadas por la actora. Sentado lo anterior, indicó que la promotora del proceso es beneficiaria del régimen de transición, en razón a que el 1° de abril de 1994, tenía la edad de 40 años, el cual se mantuvo pese a la modificación que efectuó el Acto Legislativo 001 de 2005 al artículo 48 de la Constitución Política, hasta el 31 de julio de 2010.

Así las cosas, señaló que su derecho pensional debe analizarse a la luz del Acuerdo 049 de 1990, por manera que la actora al cumplir 55 años el 4 de septiembre de 2008 y un total de 593.57 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, le imponía reconocer la pensión de vejez a partir de dicha fecha. Sin embargo, dijo que la fecha de su exigibilidad lo será desde 16 de julio de 2019, esto es, al día siguiente de reportar la novedad de retiro, pago que se debía efectuar sobre 14 mesadas pensionales. Atinente al monto de la pensión manifestó que la misma corresponderá al salario mínimo legal mensual vigente, toda vez que las cotizaciones efectuadas por la demandante lo fue sobre esa base salarial.

Relativo a los intereses moratorios solicitados en el escrito primigenio aludió que, de conformidad con el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, los mismos proceden en pensiones que se conceden en virtud del Acuerdo 049 de 1990, de manera que de conformidad con los artículos 9° de la Ley 797 de 2003, 4° de la Ley 700 de 2001 y 141 de la Ley 100 de 1993, los réditos reclamados se causan vencido los seis meses de radicada la solicitud, esto es, cuando debía ser incluida en nómina. Con fundamento en lo anterior, indicó que debía condenar a la encartada a su pago a partir del 14 de julio de 2020 y hasta que se efectúe el pago de las mesadas adeudadas.

Frente a la excepción de prescripción precisó que no se encuentra probada, toda vez que la accionante solicitó el reconocimiento pensional el 14 de enero de 2020 y la demanda la presentó el 30 de julio de la misma anualidad, sin que entre una fecha y otra haya transcurrido el término trienal del que trata el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. (Expediente electrónico, audio 037. 11001310501220200018500_L110013105012CSJVVirtual_01_20220810_090000_V 08_10_2022 03_07 PM UTC FL 1)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación señalando que es un tercero de buena fe que administra cotizaciones en el régimen de prima media con prestación definida. Sostuvo que la dirección de afiliaciones dio respuesta en el sentido de indicar que los tiempos cotizados por los ciclos de 1997-12 a 2009-04 fueron cancelados por el empleador de forma extemporánea, fecha en la cual la actora tampoco tuvo relación laboral con la copropiedad, razón por la cual los citados ciclos no fueron tenidos en cuenta en la historia laboral, por tanto, quedando con un total de 668 semanas cotizadas.

Refirió que el Edificio Vergara P.H. debió cancelar el cálculo actuarial sobre esos aportes, toda vez que se presentó una omisión en efectuar las cotizaciones. Indicó que a raíz de ello la entidad negó la petición tendiente al reconocimiento pensional bajo lo dispuesto en la Ley 797 de 2003, de allí que existiendo presunción de legalidad del acto que garantiza la seguridad jurídica de la decisión prestacional, tal circunstancia permite

revestir, además, de la buena fe, el reconocimiento u obligaciones de los derechos pensionales.

6. Alegatos de conclusión. La demandada alegó en su favor aduciendo que el demandante acredita un total de 4,677 días laborados, correspondientes a 668 semanas, quien nació el 4 de septiembre de 1953 y actualmente cuenta con 66 años. Indicó que, verificadas las bases de datos de Colpensiones, los ciclos 197802 a 197807, solicitados con el empleador Pareja Yepes Carlos y los ciclos 199703 a 199908 con el empleador ASOC Copropietaria Ed Vergara se encuentran acreditados correctamente en la historia laboral, sin embargo, los ciclos 199712 a 200904, fueron cancelados por el empleador Edificio Vergara Propiedad Horizontal de forma extemporánea el 23 de diciembre de 2009, fecha para la cual no tiene relación con la P.H., razón por lo cual los ciclos solicitados no se contabilizan en la historia laboral, quedando consistente con 668 semanas de cotización.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por 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 la recurrente, y se estudiará en consulta en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Acertó la cognoscente de primer grado al convalidar las cotizaciones pensionales que efectuó de manera extemporánea el Edificio Vergara P.H., en virtud de la relación laboral que sostuvo con la actora?; (ii) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo conservó por acreditar al menos 750 semanas de cotizaciones al sistema general de pensiones al 25 de julio de 2005, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005?; (iii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo, a partir de qué fecha?; (iv) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?; y (v) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, en tanto que no existe un incumplimiento injustificado en el reconocimiento pensional, dado a que la demandante no tiene derecho a la prestación económica deprecada?

3. Mora patronal. Tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: *"Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado" y "en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)"* (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, la misma corporación ha señalado que: *"Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio"*. (SL3845-2021)

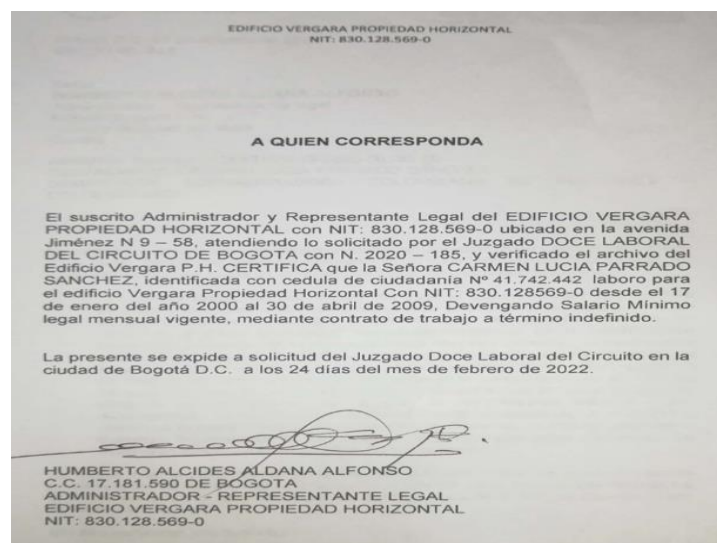
Con lo dicho, la primera discusión se genera en torno a las cotizaciones que realizó la demandante por cuenta del empleador Edificio Vergara P.H., pues afirma que no se convalidaron la totalidad de sus aportes en la historia laboral. Ciertamente se observa de

la historia laboral actualizada al 20 de febrero de 2020, el estado de mora en el pago de aportes de los ciclos septiembre de 1999 a abril de 2009, y el hecho de que su cancelación se realizó de forma extemporánea, evidenciando que no se registraron por la convocada a juicio por cuenta de que *"No registra la relación laboral en afiliación para este pago"*, según se observa en el detalle de pagos efectuados de la citada historia laboral. (Expediente Electrónico, PDF HL {92E69F29-8366-4C2A-B835-10AE0B518CA9}).

Así, frente a la mora del empleador en cotizaciones al sistema general de pensiones y las consecuencias a la asegurada, no puede desconocer la Sala la línea jurisprudencial atrás esbozada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, misma que ha sostenido que la mora patronal no debe afectar al afiliado al sistema pensional porque cuando aquella se presenta, la entidad de seguridad social tiene la obligación de ejercer las acciones de cobro respectivas, de conformidad con lo ordenado en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993.

En ese orden, si el empleador no cumplió con la obligación legal contenida en el artículo 22 de ley 100 de 1993, tampoco obra prueba alguna que demuestre que la enjuiciada desde que se configuró el incumplimiento, hubiese desplegado actividad alguna en aras de obtener la cancelación de la deuda, junto con los intereses moratorios, acorde con las precisas facultades que para el efecto otorgan los citados artículos, conduce a que deba convalidar las cotizaciones extemporáneas, las cuales resultan válidas para determinar el cumplimiento del requisito de densidad necesaria para ordenar cualquier reconocimiento pensional. Ahora, siendo cierto que se debe otorgar eficacia jurídica a las cotizaciones adeudadas por el empleador, también lo es que cuando se invoca la mora patronal, es necesario que la parte actora acredite la existencia del vínculo laboral en el interregno en que presuntamente se presentó la falta de pago de las cotizaciones por parte del empleador.

Con fundamento en lo anterior, en lo que atañe al asunto de marras, se evidencia de la historia laboral con respecto de las cotizaciones realizadas por la Asoc. Coopropietaria, Cop. Edificio Vergara y Edificio Vergara Propiedad Horizontal, que aparece afiliación a partir de marzo de 1997, efectuando aportes de manera desde aquella data, sin que aparezca novedad de retiro. Ahora, revisado el material probatorio arrimado al proceso por la actora, se observa certificación laboral expedida por el Edificio Vergara Propiedad Horizontal, según la cual:



Así mismo, se allegó contrato de trabajo que la actora suscribió con la citada propiedad horizontal a partir del 17 de enero de 2000 y autoliquidación mensual de aportes realizados por ésta al sistema de seguridad social integral de los meses de enero de 2000 a mayo de 2009. Además, en el expediente administrativo se observa relación de

novedades Sistema de Autoliquidación de Aportes Mensuales – Pensión, autoliquidación mensual de aportes realizados por ésta al sistema de seguridad social integral y liquidación indemnización de I.V.M. por vejez expedido por el entonces Instituto de Seguros Sociales, en el que se verifica que el empleador Edificio Vergara realizó aportes pensionales durante los ciclos 1999-09 a 1999-12.

Bajo el anterior recuento probatorio, se cumplen las condiciones para que el periodo sea tenido en cuenta, pues según dan cuenta las documentales atrás referidas, mismas que durante el curso del debate probatorio no fueron redargüidas de falsas ni desconocidas por la enjuiciada, la actora mantuvo relación laboral con el Edificio Vergara desde septiembre de 1999 a abril de 2009, aspecto que permite colegir que en manera alguna la cognoscente de primer grado haya cometido un desafuero al incluir en la sumatoria de cotizaciones de la afiliada, aquellas correspondientes a los tiempos en que prestó servicios a favor de dicha propiedad horizontal, aunque se haya incurrido en mora, su pago extemporáneo o a lo sumo se haya registrado un cambio en el nombre del empleador, en razón a que estas fueron causadas en ejecución del contrato de trabajo, lapso en el que igualmente estuvo vigente la afiliación al subsistema de seguridad social en pensiones, sin que se evidencie novedad de retiro por parte del Edificio Vergara.

Así las cosas, aceptándose que el empleador, no obstante del deber contenido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, omitió sufragar oportunamente las cotizaciones, no podía tanto el Instituto de Seguros Sociales como Colpensiones desconocer el periodo con fundamento en la mora, extemporaneidad o cambio de razón del empleador, pues frente al primer caso, legalmente tenía el deber de cobrarlos coactivamente al empleador utilizando las acciones previstas en la Ley para ese efecto; en el segundo, en razón a que le está vedado desconocer la efectividad de las cotizaciones realizadas a favor de la afiliada, aun cuando el pago se recibió con posterioridad a su causación, so pretexto de una mora, en tanto la falta de acción, diligencia y gestión en el recaudo de las cotizaciones e intereses moratorios, le imponía a la administradora responsabilidad en su reconocimiento y convalidación; mientras que en el último, el cambio de razón social de su empleador, en nada afecta la calidad de afiliada de la trabajadora, ni los aportes pensionales que aquel realice, debido a que estos surgen precisamente por esa relación trabajador – empleador, la cual quedó plenamente demostrada en este asunto.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que no obra en el expediente que el extinto ISS, hoy Colpensiones haya adelantado las gestiones de cobro coactivo, o que tal deuda se haya declarado incobrable, es por lo que, no puede acarrear consecuencias negativas o desfavorables para el afiliado y en ese horizonte, tales períodos donde no fueron convalidadas en la historia laboral, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales, lo que se traduce en 497.14 semanas (3480), que sumadas a las 668.14 que reporta en la historia laboral actualizada al 20 de febrero de 2020, arroja un total de 1.165.28 semanas en toda su vida laboral desde el 1 de febrero de 1978 hasta el 15 de julio de 2019.

4. Régimen de transición. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1º de abril de 1994, tuvieran 35 años de edad si es mujer o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que la demandante es beneficiaria del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1 de abril de 1994 cuenta con 40

años por haber nacido el 4 de septiembre de 1953, tal como se constata con la cédula de ciudadanía de ella (Expediente electrónico, PDF {5D6C9EA8-358B-43F7-9620-1185BEDC216A}). Así mismo, importa precisar que el régimen de transición se mantuvo a su favor, pese a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior, en atención a que, si bien no cumple con la exigencia de las 750 semanas requeridas para conservar el régimen transicional hasta el año de 2014, ya que acredita a 25 de julio de 2005, 3.013 días equivalentes a 430.43 semanas cotizadas, lo cierto es que la causación de la pensión reclamada al amparo del Acuerdo 049 de 1990, se revela antes del 31 de julio de 2010, como pasa a continuación a explicarse.

5. Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990. Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable a la demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajadora del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, la actora arribó a los 55 años el 4 de septiembre de 2008, fecha para la cual contaba con 589.57 semanas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión, siendo procedente el reconocimiento pensional conforme los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto Legislativo 001 de 2005 y en aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tal y con acierto lo encontró la Juez de primer grado.

6. Causación y disfrute. Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir que, la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para el disfrute de esta, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, como la actora cumplió su estatus pensional o causación el 4 de septiembre de 2008, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990; pero su última cotización y novedad de retiró la realizó el 15 de julio de 2019, es claro que el disfrute de la prestación económica lo será a partir del día siguiente, esto es, el 16 del mismo día y mes, en los términos antes dichos y como bien lo señaló la juzgadora de primer grado.

7. Tasa de reemplazo Acuerdo 049 de 1990. A la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 84%, sobre el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que la actora cotizó un total de 1.165.28

8. Monto de la pensión. La pensión de vejez a favor de la actora debe ser reconocida a partir del 4 de septiembre de 2008, en un monto del 84% del IBL calculado en la forma establecida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, atendiendo que la demandante cotizó durante su vida laboral sobre la base de un salario mínimo, la pensión de vejez lo será en cuantía de \$461.500, mesadas cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 14 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005. En ese orden, se confirmará en lo que hace a este punto, la sentencia consultada.

9. Prescripción. En cuanto a la excepción de prescripción, tenemos que ninguna mesada se encuentra afecta por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 16 de julio de 2019, la reclamación administrativa se presentó el 14 de enero de 2020, que fue resuelta a través de Resolución SUB 50382 del 21 de febrero de 2020, notificada el 24 del mismo mes y año, por tanto, debía de allí accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la notificación de la resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 9 de julio de 2020, no corrieron 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.

10. Intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Establecido los anteriores supuestos se analiza la súplica relativa al reconocimiento, liquidación y pago del valor correspondiente a los intereses moratorios por la demora injustificada en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, discurriendo sobre este aspecto, que el sustento normativo de la pretensión relativa a intereses moratorios lo constituye el imperativo de orden legal consagrado en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, según el cual *"en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago."*

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, adoctrino 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."*

Así mismo, en 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 misma Corporación, 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:

"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 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).

Ahora, sobre el hito inicial de procedencia de los mismos, esto es, si cuatro o seis meses, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL3563-2021) ha sostenido que estos deben reconocerse al vencimiento de los cuatro meses, así:

"En cuanto a la data desde cuando estos deben reconocerse, encontramos que el artículo 19 del Decreto 656 de 1994, expresa:

Artículo 19º.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivencia, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)".

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que sin fundamento alguno procedió COLPENSIONES a negar la pensión solicitada, bajo el argumento de no acreditar la densidad mínima de semanas, sin tener en cuenta los periodos que la misma entidad reporta con la novedad de empleador, además, le competía a la entidad proceder al cobro de tales aportes y no lo hizo, 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 examine, la solicitud se presentó el 14 de enero de 2020, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 14 de mayo de 2020 para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde esa data. Sin embargo, como no fue objeto de reproche por la actora la fecha que determinó la A quo de su causación, la Sala mantendrá incólume tal decisión, a más porque no es dable hacer más gravosa la situación de la apelante única que lo es la parte accionada.

11. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por haber prosperado el recurso de alzada.

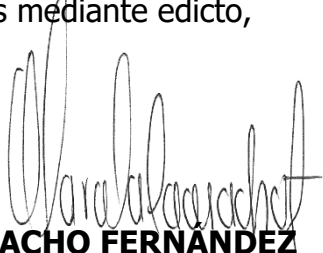
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de agosto del 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

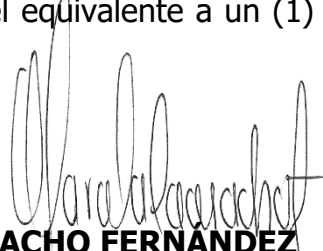


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 Carmen Lucía Parrado Sánchez y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000.



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: MARTÍN VARGAS MORENO
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 03-2019-00518-01
Tema: GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA– PENSIÓN DE VEJEZ-
CONFIRMA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de septiembre del dos mil veintidós (2022)

En virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, y vencido el término otorgado para alegar de conclusión, se procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Martín Vargas Moreno, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se condene subsanar inconsistencias en su historia laboral, respecto a los ciclos y meses que aparecen con error y corregir donde se descontaron intereses por aportes extemporáneos. En consecuencia, se ordene el reconocimiento y pago de pensión de vejez, en aplicación del Acuerdo 049 de 1990, incremento pensional del 14%, mesada 14, retroactivo pensional, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 30 de junio de 1948 e inició a cotizar el 22 de septiembre de 1980 al ISS, siendo beneficiario del régimen de transición. Refirió que mediante Resolución 120569 del 11 de noviembre de 2011, el ISS negó la pensión de vejez solicitada, sin tener en cuenta las planillas de autoliquidación de aportes, en las que se verifica que su empleador realizó aportes a pensión. Indicó que el 28 de enero de 2016, radicó petición a Colpensiones solicitando la corrección de las inconsistencias de la historia laboral, recibiendo respuesta el 3 de julio del mismo año, mediante la cual se le informó deudas y periodos en los que no se contabilizaron días cotizados para los ciclos 1998-12 a 1999-09, imputando responsabilidad a su empleador. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigitalizado, págs. 5 a 58 y 165 a 196)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigitalizado, págs. 233 y 234); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado, la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas en su contra, aduciendo que no le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, en aplicación al Acuerdo 049 de 1990, en razón a que no acreditó el cumplimiento de requisitos antes del 30 de julio de 2010, toda vez que no cotizó 750 semanas, para ser beneficiario de

la extensión del régimen de transición hasta el 31 de diciembre de 2014, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005.

Indicó que no logró demostrar que para algunos periodos la entidad no haya tenido en cuenta la totalidad de cotizaciones efectuadas por sus empleadores, más aún cuando en salvaguarda de los derechos pensionales de aquel, subsanó las deudas del empleador Baterías Campeón y CIA LTDA. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 4°, 6°, 8°, 11°, 13° a 18° y 22° a 25°. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho y obligación, buena fe, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigitalizado, págs. 201 a 218)

3.2. Baterías Campeón S.A.S. En auto del 6 de mayo de 2021, se dispuso su integración como litisconsorte necesario por pasiva y en tal carácter, la vinculada presentó escrito de intervención con oposición de las pretensiones de la demanda, aduciendo que no dejó de cancelar cotizaciones durante el tiempo laboral, tal y como se corrobora con los recibos de pago. Formuló las excepciones de fondo que denominó pago tal de los aportes obrero-patronales, buena fe, genérica y prescripción. (Expediente digital, PDF 010SubsanaciónContestaciónDemandaBateriasCampeón)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de julio del 2022, en la que el fallador condenó a la enjuiciada a pagar la pensión de vejez a partir del 30 de junio de 2008, con efectos fiscales a partir del 13 de julio de 2016, en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente para cada anualidad, junto con las mesadas adicionales de junio y diciembre, con sus respectivos reajustes de ley. Ordenó el pago de retroactivo pensional indexado, el cual asciende hasta el 6 de junio del año que transcorre, a la suma de \$74.906.922. Declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, autorizó a Colpensiones de los dineros los aportes a salud, absolvió a la llamada a integrar el litisconsorcio necesario por pasiva y por último gravó en costas.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si el demandante es beneficiario del régimen de transición y, por tanto, si reúne los requisitos para el reconocimiento de la pensión de vejez conforme a lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990. Ello en atención a que las partes pudieron observar que se hicieron los ajustes y correcciones correspondientes en la historia laboral, de acuerdo con los pagos que realizó la demandada Baterías Campeón S.A.S.

Bajo ese horizonte recordó lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para precisar que el accionante al nacer el 30 de junio de 1948 y tener edad de 45 años al 1° de abril de 1994, es beneficiario del régimen de transición; mismo que se mantuvo pese a la entrada del Acto Legislativo 001 de 2005, ello en razón a que acreditó los requisitos de la prestación económica bajo Acuerdo 049 de 1990, antes del 31 de julio de 2010, dado que cumplió la edad de 60 años el 30 de junio del año 2008, fecha para la cual alcanzaba un total de 505,87 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad de pensión, de conformidad con la corrección de su historia laboral, lo que le imponía reconocer la pensión de vejez a partir de dicha fecha; pero con efectos fiscales con posterioridad, es decir, teniendo en cuenta la excepción de prescripción que formuló la encartada.

Sostuvo que la prestación económica debe ser liquidada conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, dado a que el actor al momento en que entró en vigor la norma le faltaba más de 10 años para acceder a la pensión, periodo durante el cual cotizó sobre

un salario mínimo legal mensual vigente, por manera que sobre dicha suma será el monto de la pensión de vejez, reconocimiento que se hará en 14 mesadas pensionales.

Relativo a la excepción de prescripción aludió a lo dispuesto en los artículos 488 y 489 del C.S.T. y 151 del C.P.T. y de la S.S., para significar que este fenómeno en caso de las pensiones aplica respecto de las mesadas pensionales y no sobre el derecho como tal. Además, aseguró que el término prescriptivo se interrumpe por una sola vez con el escrito que eleve el afiliado a la entidad respectiva. Así las cosas, refirió que el derecho del demandante se hizo exigible el 30 de junio de 2008, aunado a que la primera petición se elevó el 22 de julio del año 2011, debiéndose haber iniciado la demanda dentro de los tres años siguientes, pero solo hasta el 31 de julio del año 2019, fue que se radicó el libelo demandatorio, de ahí que se encuentren afectadas por el fenómeno de la prescripción las mesadas pensionales causadas con antelación al 31 de julio del 2016. (Expediente digital, audio 017VideoSentenciaPrimeraInstancia)

5. Alegatos de conclusión

5.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la sentencia de primer grado es una muestra efectiva de justicia social, para garantizar a un adulto mayor enfermo los derechos vulnerados, en principio por el Instituto de Seguros Sociales y luego, por la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, que imputaron por omisión o negligencia al trabajador las inconsistencias de su historia laboral y negaron el reconocimiento de la pensión de vejez, a la cual tiene pleno derecho.

5.2. Demandada. En su escrito de alegaciones esgrimió que no es procedente presentar fórmula conciliatoria en razón a que, al demandante no le asiste derecho a que Colpensiones le reconozca y pague una pensión de vejez en aplicación de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, reglamentado por el Decreto 758 de la misma anualidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. Se estudiará la decisión de primera instancia en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, por haber sido adversa a sus intereses, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y lo conservó por acreditar al menos 750 semanas de cotizaciones al sistema general de pensiones para el 25 de julio de 2005, de conformidad con el Acto Legislativo 001 de 2005?; (ii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, en caso positivo, a partir de qué fecha?; (iii) y ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

3. Supuestos fácticos no controvertidos en la alzada. Encuentra la Sala que no es materia de discusión por encontrarse debidamente acreditado en el expediente y no ser recurrido por las partes los siguientes supuestos fácticos: que el demandante nació el 30 de junio de 1948 y que se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 22 de septiembre de 1980, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado, logrando cotizar un total de 729 semanas, dada la convalidación que registró Colpensiones en la historia laboral sobre los aportes que extrañó el actor en virtud de la vinculación que sostuvo con la sociedad Baterías Campeón S.A.S.

4. Régimen de transición. El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció un régimen de transición a favor de aquellas personas que a la entrada en vigencia de la referida norma, es decir, a 1° de abril de 1994, tuvieran 40 años de edad si es hombre o 15 años de servicios cotizados, a fin de que les fuera aplicado el régimen pensional anterior al cual se encontraba afiliado en cuanto a la edad para acceder a la pensión, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas, y el monto de la mesada pensional, con el objetivo de mantener la supervivencia de normas especiales y preexistentes a la Ley creadora del Sistema de Seguridad Social Integral.

En el presente asunto, colige la Sala que el demandante es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pues al 1° de abril de 1994 cuenta con 45 años por haber nacido el 30 de junio de 1948, tal como se constata con la cédula de ciudadanía (Expediente digital, PDF 001ExpedienteDigitalizado, pág. 60). Así mismo, importa precisar que el régimen de transición se mantuvo a su favor, pese a la entrada del Acto Legislativo 01 de 2005. Lo anterior, en atención a que, si bien no cumple con la exigencia de las 750 semanas requeridas para conservar el régimen transicional hasta el año de 2014, ya que acredita a 25 de julio de 2005, 4.232 días equivalentes a 604.57 semanas cotizadas, lo cierto es que la causación de la pensión reclamada al amparo del Acuerdo 049 de 1990, se revela antes del 31 de julio de 2010, como pasa a continuación a explicarse.

5. Normatividad aplicable- Acuerdo 049 de 1990- Decreto 758 de 1990. Para la Sala fuerza concluir que la normatividad que le es aplicable al demandante es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, aspecto que no representa mayor discusión en esta instancia, en razón a que fue trabajador del sector particular y venía cotizando al ISS antes de 1994; es por ello que nos debemos remitir a los requisitos para acceder a la pensión instada sobre edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto pensional establecidos en los arts. 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por Decreto 758 del mismo año.

La primera de las citadas disposiciones exige como requisito a) contar con 60 años si es hombre o 55 años si es mujer y b) acreditar un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los últimos veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así entonces, el actor arribó a los 60 años el 30 de junio de 2008, fecha para la cual contaba igualmente con las 604.57 semanas cotizadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima de pensión, siendo procedente el reconocimiento pensional conforme los postulados del régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, Acto Legislativo 001 de 2005 y en aplicación a lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, tal y con acierto lo encontró el Juez de primer grado.

6. Causación y disfrute. Conforme a ello, basta decir que sobre el tema de causación y disfrute de la pensión de vejez, debemos acudir al contenido del artículo 13 del Decreto 758 de 1990, según el cual la prestación *"se reconocerá a solicitud de parte interesada reunidos los requisitos mínimos establecidos en el artículo anterior, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a disfrutar de la misma. Para su liquidación se tendrá en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo."*

Lo anterior permite concluir que, la causación del derecho se suscita cuando el afiliado reúne los requisitos para acceder a la pensión o, en otras palabras, cuando adquiere el

estatus de pensionado, hecho jurídico que se configura cuando la asegurada arriba a la edad mínima requerida y acumula la densidad de semanas cotizadas exigidas, según el régimen pensional que le sea aplicable, de modo que al concurrir el cumplimiento de estos dos requisitos se causa el derecho a la pensión. Por su parte, para su disfrute, se debe tener en cuenta la desafiliación del sistema de pensiones, como regla general para acceder al disfrute de la pensión.

Con fundamento en lo anterior, como el actor cumplió su estatus pensional o causación el 30 de junio de 2008, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990; pero su última cotización y novedad de retiró la realizó el 31 de enero de 2015, es claro que el disfrute de la prestación económica lo será a partir del día siguiente, esto es, el 1 de febrero de 2015, en los términos antes dichos. Conforme a lo anterior, es evidente el equívoco que cometió el fallador de primer grado, al colegir que la fecha de efectividad lo sería a partir de la data que arroje como resultado del fenómeno prescriptivo, pues esta tiene efectos distintos, incidiendo en ella la fecha del disfrute de la pensión; sin embargo, pese al desatino en que incurrió el A quo, la sentencia de primer grado se mantendrá incólume, como posteriormente pasará a explicarse.

7. Tasa de reemplazo Acuerdo 049 de 1990. A la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, esta prevé una tasa de reemplazo equivalente al 57%, sobre el ingreso base de liquidación, teniendo en cuenta que el actor cotizó un total de 729.

8. Monto de la pensión. La pensión de vejez a favor del actor debe ser reconocida a partir del 30 de junio de 2008, en un monto del 57% del IBL calculado en la forma establecida en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, sin embargo, atendiendo a que el demandante cotizó en los 10 años anteriores al reconocimiento pensional sobre la base de un salario mínimo, la pensión de vejez lo será en cuantía de \$461.500, mesadas cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 14 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada antes del 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, de conformidad con el parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 001 de 2005. En ese orden, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia consultada.

9. Prescripción. En cuanto al problema jurídico relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, cumple recordar, que son dos los preceptos regulan la prescripción extintiva de la acción o del derecho, esto es, los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, mediante los cuales señalan que las acciones que emanen de las leyes sociales prescribirán en tres años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y la simple reclamación escrita del trabajador, recibida por el empleador, sobre un derecho o prestación debidamente determinados, interrumpe la prescripción, pero sólo por un lapso de tiempo igual.

Ahora, en tratándose de obligaciones de tracto sucesivo, de naturaleza periódica y causación progresiva, como lo son las mesadas pensionales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha indicado que el beneficiario puede presentar reclamaciones respecto de cada acreencia, en orden a interrumpir en forma individual la prescripción. A propósito, en sentencia SL794-2013, reiterada en SL244-2019, se dijo al respecto:

"Ahora bien, de acuerdo con las consideraciones del Tribunal, a juicio de la Sala éste no se equivocó, pues fue claro en puntualizar que la prescripción solo se podía interrumpir por una sola vez, salvo en los casos que la prestación tuviera una

causación periódica, en que se podían presentar múltiples interrupciones, teniendo en cuenta que cada prestación tenía un término de contabilización, lo que es lógico si se tiene en cuenta que, cuando la norma se refiere a que la interrupción se da por una sola vez, debe entenderse que es con respecto a una misma prestación, vale decir, en el caso de las pensiones, respecto a unas mismas mesadas, de manera que efectuada la reclamación, el término se interrumpe respecto de las mesadas causadas hasta esa fecha, no las posteriores, porque aún no se han causado y mal se haría en entenderse interrumpido el tiempo cuando aún no ha empezado a correr, ni ninguna reclamación se ha hecho respecto a su pago. De ahí que sea posible la interrupción del término prescriptivo en un futuro, respecto a estas nuevas mesadas, cuyo concepto es independiente, en la medida que la causación es diferente.”

Teniendo en cuenta los anteriores lineamientos jurídicos y jurisprudenciales, los cuales, deben ser aplicados al caso en concreto, es necesario indicar que, al haberse causado la pensión desde el 30 de junio de 2008, pero ser exigible a partir del 1 de febrero de 2015, es claro que el término de prescripción empezaba a contarse a partir de esta última fecha por tres años, respecto de las mesadas que se iban causando, mes a mes; de esta manera opera el fenómeno de prescripción para este caso así:

Se tiene que el actor elevó reclamación el 13 de julio de 2018, misma que le fue resuelta mediante Resolución SUB 199077 del 26 de julio 2018, y posteriormente confirmada mediante Resolución DIR 15722 del 29 de agosto de 2018, notificada hasta el 19 de septiembre de 2018, por lo que es claro que, ante tal interrupción, el término iba hasta éste último día y mes del año 2021, siendo presentada la demanda el 31 de julio de 2019.

Por consiguiente, es evidente que la prescripción fue interrumpida con la reclamación que el actor presentó, esto es, 13 de julio de 2018, de allí que prescriben las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 13 de julio de 2015, no ocurriendo lo mismo con las posteriores, pues la demanda fue presentada dentro de los tres años siguientes, como se dijo.

Ahora, como el juzgador de primer grado declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la encartada sobre las mesadas causadas y no canceladas con antelación al 31 de julio de 2016, punto frente al cual no hubo reparo por el demandante, la Sala mantendrá incólume tal decisión, pues debe recordarse que la sentencia de primera instancia se conoce en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.

10. Indexación. Como se peticiona la indexación, es claro que se debe acceder a la misma, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

11. Costas. Sin costas en este grado jurisdiccional de consulta. 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 19 de julio del 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
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-