



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: DANILA NUBIA RAMÍREZ BONILLA
Demandada: EPAGO DE COLOMBIA S.A.
Radicación: 36-2021-00079-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN
DEMANDANTE

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Danila Nubia Ramírez Bonilla instauró demanda ordinaria contra Epago de Colombia S.A., con el propósito de que se declare la existencia del contrato de trabajo y que su terminación fue ineficaz por cuanto se encontraba en un estado de debilidad manifiesta y/o incapacidad por su estado de salud. En consecuencia, pidió que se condene a la encartada al reintegro en un cargo de igual o mejor condición y salario que ocupaba al momento de la terminación, al pago de la indemnización consistente en 180 días de salario, la indexación o corrección monetaria, a la sanción dispuesta en el artículo 65 del CST, lo ultra y extra petita, y al pago de costas.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 01 de febrero de 2016 celebró contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Cajera Principal, devengando la suma de \$887.803. Indicó que en el año de 2019 presentó molestias en el cuello y espalda, provocando que ingresara por urgencias el 24 de agosto de 2019 ante SOMHER IPS, donde se le diagnosticó dorsalgia y se le solicitó valoración por salud ocupacional de la empresa. Posteriormente el 18 de septiembre de 2019, la demandante manifiesta que en un control de reumatología se le diagnosticó discopatía lumbar. El 28 de octubre de 2019 la Médica Fisiatra y de Rehabilitación Somher IPS le informa a la demandante de una serie de recomendaciones laborales que debe seguir por 6 meses debido a su padecimiento. Sostiene que el 06 de noviembre de 2019 se realizó una Resonancia Magnética de Columna cervical que concluyó en Rectificación de la lordosis - Discopatía Cervical. El 15 de julio de 2020 remiten orden clínica con neurocirugía para la valoración.

Explicó que desde el 18 de junio de 2020 al 07 de julio de 2020 la demandante junto con EPAGO DE COLOMBIA S.A. decidieron adelantar el periodo de vacaciones como medida para mitigar el impacto del Covid-19, pero que aun así mantendrían comunicación vía electrónica si se necesitase algún requerimiento al empleador. En ese tiempo la demandante manifiesta que recibió un correo señalando una capacitación para el 26 de junio de 2020 por parte de Sandra Patricia Penagos Neuta, quien indicó es la jeje de operaciones de la empresa. Relata que en dicha reunión se encontró con que no era una capacitación, sino que consistía en una reunión para llegar a un acuerdo sobre su terminación voluntaria de la relación laboral, a lo que la demandante se rehusó informando que se encontraba a la espera de la valoración de sus patologías. Finalmente

fue despedida por la empresa ese mismo día indicándosele que posteriormente recibiría el pago de la liquidación.

Manifestó que ante el despido presentó acción de tutela y el Juzgado 21 Penal del Circuito con funciones de Conocimiento de Bogotá ordenó de manera transitoria en sentencia del 17 de septiembre de 2020 el reintegro de la demandante al cargo igual o similar que desempeñaba de acuerdo a su condición de salud. (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, pág. 2 a 22).

2. Contestación de demanda EPAGO DE COLOMBIA S.A.. En su respuesta no se opuso a que se declarara la existencia del contrato de trabajo celebrado entre la demandante y la demandada; sin embargo, se opuso a las pretensiones restantes de la demandada aduciendo que para el momento de la terminación unilateral del contrato sin justa causa la demandante no se encontraba en estado de debilidad manifiesta ni incapacidad, esto se evidencia en los diagnósticos que aporta donde no se establece que el origen de estas haya sido laboral, ni que fuesen enfermedades complejas, en este sentido, la empresa para esa fecha no contaba con reportes sobre su estado de salud; de igual forma manifiesta que las recomendaciones médicas fueron acatadas por la compañía respecto de permitir la realización de pausas activas y evitar que la demandante cargue más de 4 kilos.

Sostuvo que no se encontraba obligada a solicitar autorización alguna al Ministerio del Trabajo para finalizar el contrato de trabajo de la actora, ya que la relación laboral se terminó sin justa causa de acuerdo a las facultades conferidas a los empleadores en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo; de igual forma argumenta que la demandada siempre actuó conforme a la ley en vista de que la demandante no se encontraba en situación de discapacidad o con algún tipo de limitación física o mental que le impidiese la realización de sus actividades laborales. Concluyó que no se puede determinar que sea sujeto de especial protección conforme al artículo 26 de la ley 361 de 1997.

En su defensa formuló como excepciones de fondo las que denominó inepta demanda; de la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa y sin necesidad de la intervención del ministerio de trabajo cuando no se está frente al amparo establecido en el Art. 26 de la ley 361 de 1997; presunción contenida en la ley 361 de 1997; temeridad y mala fe, y la genérica. (Expediente digital, PDF 04 Contestación Demanda págs. 1 a 13).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de septiembre del 2022, en la que la falladora absolvió a la enjuiciada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; sin condena en costas.

Para arribar a tal determinación se propuso verificar cuál fue la modalidad del contrato laboral que unió a las partes, el salario devengado y si el vínculo finalizó sin justa causa y de manera unilateral por el empleador. Así mismo, si al momento del finiquito de la relación laboral el trabajador contaba con estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo el reintegro a su lugar de trabajo. Con tal propósito, afirmó que, si bien en principio la duración del contrato de trabajo fue a término fijo, también lo es que las partes el 17 de febrero de 2017 suscribieron otrosí por medio del cual se convino la modificación en cuanto a su duración, siendo ahora un contrato a término indefinido. En relación con el salario sostuvo que la actora devengaba durante el primer año de trabajo la suma de \$689.455 y para el 26 de junio de 2020 dicha relación laboral terminó. Para el 17 de octubre de 2020 la demandada reintegró a la demandante obedeciendo lo consignado en la sentencia del 17 de septiembre de 2020 por el Juzgado 21 de Circuito con Función de Conocimiento de Bogotá.

Sentado lo anterior y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la falladora de primera instancia sostuvo que la estabilidad laboral reforzada no puede otorgarse a cualquier persona que presente alguna condición de salud por cuanto estas no necesariamente ostentan la calidad de discapacitado, así como tampoco es dable confundir un estado de incapacidad, el cual a diferencia de la anterior, se presenta de manera temporal y no implica en estricto sentido la aplicación de la estabilidad laboral reforzada. A su vez, expone que la Corte Suprema de Justicia ha determinado que las personas consideradas como limitadas debido a una afección en la ejecución de sus funciones son aquellas cuya pérdida de capacidad laboral supera el 15% de PCL. Con los criterios anteriores, revisando el acervo probatorio, la juzgadora encontró que, a pesar de la demostración de las patologías diagnosticadas y sufridas por la demandante, no obra prueba que permita determinar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral, así como tampoco de que el empleador tenía conocimiento al momento de la terminación del contrato. Sumado a lo anterior, mediante el interrogatorio de parte se afirmó que el proceso de calificación inició después de la terminación del contrato, además que esta versa sobre el origen de las patologías y que a la fecha de la sentencia no tiene porcentaje de pérdida de la capacidad laboral.

Que en gracia de discusión, de asumir la postura de la Corte Constitucional que afirma que no es obligatoria la existencia de una calificación de pérdida de capacidad laboral para acceder a la estabilidad laboral reforzada, si se deben atender algunos presupuestos dentro de los cuales está el hecho de que un trabajador se encuentra en una condición de salud que impida la realización normal y adecuada de sus funciones; empero, tampoco se encuentra demostrado en el proceso que la demandante debido a su estado de salud, se le dificultara realizar sus labores, así como tampoco se demostró alguna recomendación médica, incapacidad vigente o diagnóstico médico al momento de la terminación del contrato.

Finalmente indica que la medida de reintegro adoptada dentro de la sentencia de la acción de tutela presentada por la demandante tiene efectos transitorios en los términos del artículo 4 del decreto 2591 de 1991.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandante** formuló recurso de apelación manifestando que no es cierto que la empresa no conociese sobre las condiciones de salud de la demandante y la evolución de la misma, afirma que en varias ocasiones la demandada manifestó tener conocimientos precisos del estado de salud, incluso al momento en que se profirió el fallo de tutela; que la demandante manifestó bajo la gravedad de juramento el padecimiento de estas patologías y que las puso en conocimiento de sus superiores; que no existió precaución ni prevención por parte de la empresa quien se limitó a tomar medidas correctivas sin analizar las afecciones de la demandante y finalmente, que se tenga en consideración que la demandante se encuentra en un proceso para determinar el origen y la pérdida de la capacidad laboral.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandada Epago de Colombia S.A. presentó alegatos solicitando que se confirme la decisión de instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo

66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente.

2. problema jurídico: Corresponde a la Sala dilucidar: ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

3. Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales. No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada EPAGO DE COLOMBIA S.A. desde el 01 de febrero de 2016 hasta el 26 de junio de 2020, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 59 a 66, 69 y 70 archivo No 4), contentiva del contrato de trabajo, su modificación, carta de terminación, y la liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en establecer sí para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo la actora se encontraba amparada por el fuero de estabilidad ocupacional reforzada.

Previo a ello, debe precisar la Sala que en el asunto bajo examen se reintegró a la actora el 23 de septiembre de 2020, en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida por el Juzgado Veintiuno Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Bogotá (Fols. 87 a 100 archivo No 04).

Conforme lo anotado, en lo referido al estudio de la estabilidad laboral reforzada se tendrá en cuenta como fecha del finiquito el 26 de junio de 2020.

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Epago Colombia S.A. actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por la Juzgadora de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61, derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 26 de junio de 2020.

Siguiendo este hilo conductor, al perder sustento legal la tesis jurisprudencial que exigía la determinación de los grados de moderada, severa y profunda para la protección especial por discapacidad, merced a la derogatoria del artículo 7º del Decreto 2463 de 2001, por lo menos, desde su derogatoria expresa, estamos ante una circunstancia normativa que obliga a acudir a otra forma de interpretación para establecer si la limitación en la salud de la trabajadora es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, que no puede ser otra que la definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

Colofón de lo expuesto, es claro para la Corporación que el demandante debe acreditar que contaba con circunstancias de salud física o mental **que le impedían o dificultaban ejecutar la labor de manera trascendental**, y que el **empleador conocía de ellas previo al momento de la terminación del contrato de trabajo**, para que entre a operar el ámbito de protección de la Ley 361 de 1997. Una vez probada la circunstancia de salud le corresponde al empleador demostrar la justa causa que tuvo para dar por terminado el contrato de trabajo y por la cual no era necesario solicitar autorización al Ministerio de Trabajo.

Igualmente, en reciente sentencia la Corte Constitucional -SU087 de 2022-, delimita un listado, aunque no taxativo, pero sí de referencia para establecer cuando un trabajador se encuentra o no amparado por la garantía de estabilidad laboral reforzada, precisando inicialmente que la condición de salud debe impedir o dificultar significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades.

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ^[43] . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ^[44] . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ^[45] . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ^[46] .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ^[47] . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la

	condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ^[48] . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ^[49] .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ^[50] . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ^[51] .

Descendiendo al *sub judice*, se revisó si al 26 de junio de 2020, fecha de la terminación del contrato laboral, efectivamente la demandante se encontraba o no en un estado de debilidad manifiesta suficiente para configurar el fuero de salud, advirtiéndose que se reporta un examen de salud ocupacional datado el 28 de agosto de 2019, donde se refieren los siguientes diagnósticos “otros desplazamientos específicos de disco intervertebral, dorsalgia no especificada, astigmatismo, sarcoidosis de otros sitios especificados o de sitios combinados, parálisis de Bell, cervicalgia e hiperlipidemia mixta” (Fols. 87 a 91 archivo No 01), en el que se aprecia que posteriormente le fueron generadas unas recomendaciones el 28 de octubre de 2019 (Fols. 74 archivo No 01), consistentes en “evitar manipulación de carga de más de 4 KG bimanual, evitar posturas de flexoextensión, rotación o inclinación de columna en forma repetida o mantenida, alternar posturas en bípedo y sedente al menos cada hora, y pausas activas cada 2 horas por 5 minutos para estiramientos”, mismas que tuvieron como vigencia seis meses, es decir, que iban hasta el 28 de abril de 2020, sin que obre prueba alguna de que posteriormente se hubiere comunicado al empleador atenciones médicas, incapacidades o que las recomendaciones que allí se establecen hayan sido prorrogadas, para con ello constatar que su estado de salud era de tal magnitud para deducir la configuración de la estabilidad ocupacional reforzada al momento de finalizar su contrato de trabajo (26 de junio de 2020), toda vez que pasó alrededor de un mes y veintiséis días desde el vencimiento de las recomendaciones sin ninguna novedad en su estado de salud, por lo que la Sala no puede de manera hipotética asumir que estaba menguado.

Además debe acotar la Sala que a favor de la actora fueron expedidas recomendaciones médicas no restricciones laborales, cuyo origen corresponde a los diagnósticos M542 CERVICALGIA y M545 LUMBAGO NO ESPECIFICADO, sin aludir a ningún otro de los contenidos en el examen ocupacional del 28 de agosto de 2019, de allí que, como lo dijo la testigo Andrea Viviana Pava, Directora de Salud de la demandada, eran consejos de “estilo de salud saludable” y que en lo referido a levantar peso, no aplicaba ya que su cargo era de cajera y no ejercía tal actividad. Lo anterior denota de contera que su estado de salud no estaba comprometido en los términos que alude la actora, pues de haber sido así, se hubiera continuado con algún tipo de atención médica, terapias, exámenes, etc. con posterioridad a abril de 2020, o se le hubiera emitido alguna incapacidad por alguno de los diagnósticos a que se hizo referencia en el examen ocupacional, pero nada de eso se logra extraer del proceso, quedando imposibilitada la Sala para sacar conjeturas sin los debidos soportes médicos que dieran cuenta de que su estado de salud estaba empeorando como lo asienta la promotora de la litis.

Ahora, esgrime la activa que estaba en proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral, debiéndose advertir que dicha circunstancia no la coloca como beneficiaria de la estabilidad ocupacional reforzada, ya que independientemente del resultado de la calificación, lo que se verifica es su estado de salud para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo, mismo que emana de las consultas médicas realizadas, los exámenes, diagnósticos, recomendaciones e incapacidades debidamente soportadas en el proceso, el cual, para el caso concreto no es de la suficiente entidad para generar en el juzgador el convencimiento de que la actora, para el 26 de junio de 2020, lo tuviere comprometido en grado tal que la ubicara en estado de debilidad manifiesta a la luz de los postulados

de la Corte Constitucional. Además, que nada se demuestra con relación al aludido estado deficitario de salud de la actora en el proceso de calificación.

Adicionalmente, la demandante aportó como prueba de la evolución de sus padecimientos la copia de la resonancia magnética de columna lumbosacra del 8 de marzo de 2020, la historia clínica de CAYRE IPS del 18 de septiembre de 2019, la conclusión de la resonancia magnética de columna cervical del 06 de noviembre de 2019, la consulta con el especialista en medicina del deporte del 27 de enero de 2020, la resonancia magnética de columna lumbosacra del 08 de marzo de 2020 y la orden del fisiatría de SOMHER IPS del 23 de junio de 2020 (Expediente Digital PDF 01 Demanda Anexos págs. 68 a 106); sin embargo, lo primero que denota la Sala es que tales consultas no generaron alguna incapacidad recomendación o restricción laboral; incluso ni siquiera se demuestra que el empleador haya tenido conocimiento de las valoraciones realizadas en el año 2020, con lo cual, mal haría la Sala en concluir que el empleador era conocedor de su estado de salud al momento de finalizar el contrato de trabajo. Para reforzar lo anterior, la sentencia SU087 de 2022, menciona que no se predica el conocimiento del empleador de la condición de estabilidad manifiesta cuando; *“(i) ninguna de las partes prueba su argumentación; (...) y (iv) pese a la asistencia a citas médicas durante la vigencia de la relación, no se presentó incapacidad o recomendaciones laborales como consecuencia de dichas citas médicas”*, ello en la medida en que si bien se aportan exámenes realizados en el año 2020, no se exteriorizan ante el empleador ni tampoco generaron incapacidades, recomendaciones, restricciones o tratamientos que den cuenta de su deplorable estado de salud, para de esta manera, determinar que el despido es discriminatorio o tuvo su origen en su situación médica.

En lo que respecta a estructurar la estabilidad ocupacional reforzada con el dicho de la actora en el interrogatorio, como lo pretende el apoderado judicial de la activa, es decir, por el hecho de que haya afirmado bajo la gravedad de juramento que si presentó las diferentes consultas médicas al empleador, acota la Sala que, a dichas aseveraciones no se le puede restar su eficacia probatoria por el hecho de que las mismas fueron vertidas por la accionante en su interrogatorio de parte, dado que, aunque esta Corporación insistentemente ha señalado que no es dable a la propia parte crear sus propias pruebas, para sacar provecho o beneficiarse de ella, máxime cuando es evidente que de su dicho no puede extraerse una confesión pura y simple, en tanto que no se observa que produzcan consecuencias adversas o que favorezcan a la parte contraria, en términos del artículo 195 del C.G.P., también ha dicho que se deben apreciar como simples declaraciones de parte, que deben ser respaldadas con otros medios de prueba, lo que no acontece en el sub lite, dado que solo se tiene su dicho sin ningún medio de convicción adicional que permita corroborar que su estado de salud, para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo, la colocaba en situación de debilidad manifiesta y por ende en la estabilidad ocupacional reforzada.

Para mayor claridad respecto al interrogatorio de parte, el Código de Procedimiento Civil, suponía admitir que cada parte podía citar a la otra a interrogatorio, a efectos de lograr exclusivamente su confesión, y por ello aquellas manifestaciones de las partes que no constituyan confesión no debían ser tenidas en cuenta por el juez, sin embargo, con la vigencia del Código General del Proceso, se establece en la sección tercera lo relacionado con el régimen probatorio, y en su capítulo III la *"declaración de parte y la confesión"*, es decir, dos medios de prueba autónomos, pues mientras lo desfavorable se toma como confesión, lo que no constituye confesión puede ser apreciado por el juez como una simple declaración, tal como lo previene el inciso final del artículo 191 del C.G.P, en la que a la letra reza: *"La simple declaración de parte se valorará por el juez de acuerdo con las reglas generales de apreciación de las pruebas"*.

La doctrina también ha estudiado este tema y ha evidenciado el cambio que incorporó el CGP a su código antecesor, en los siguientes términos: *"los modernos sistemas que adoptan la victoriosa oralidad, entre ellos el del CGP, al acrecentar la intermediación y la libre valoración de las pruebas, engrandecen el significado principal del contacto personal e inmediato del juez con las partes y prácticamente sin excepción reconocen el vigor y la eficacia probatoria de la simple declaración de parte, obtenida en un interrogatorio libre"*. (Código General del Proceso- Aspectos probatorios – Ulises Canosa Suarez¹).

Igualmente, la actora presentó copia de orden para Neurocirugía del 15 de julio de 2020; no obstante, aquello es posterior a la finalización del vínculo laboral, por lo que escapa al conocimiento del empleador quien no podía suponer sobre el estado de salud de la demandante en circunstancias posteriores al despido.

Por lo anterior, si bien esta Sala de Decisión, acoge la postura de la Corte Constitucional en el sentido que para efecto de la estabilidad laboral reforzada por salud, no se requiere de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que, contrario a lo sostenido por el apoderado de la demandante, se requiere que el trabajador se encuentre en estado de debilidad manifiesta, esto es, que la afectación en su salud le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones normales, situación que no se logra acreditar, pues la prueba documental adosada al legajo no lo coloca en la protección constitucional pretendida, máxime que para la fecha en que se presentó la terminación del contrato de trabajo no se encontraba en incapacidad, o pendiente de algún tratamiento médico.

En este punto, no puede olvidarse que la finalidad de la protección es salvaguardar derechos fundamentales, y por ende, dar continuidad a la relación laboral para que pueda continuar los tratamientos médicos, o no quede al vaivén de las circunstancias su estado de salud, situación que no acontece en el sub judice, pues se repite, de los diagnósticos y demás documental aportada no brota palmario que su estado de salud se hubiere afectado sustancialmente, y por ende, no se configura la protección reforzada que exige la Corte Constitucional.

Finalmente, como la tutela que ordenó el reintegro fue de manera transitoria, su decisión no es vinculante ni obligatoria para esta judicatura, y por ende, independientemente de las consideraciones que tuvo en cuenta en su momento el juez constitucional para ordenar el reintegro, lo cierto es que, corresponde a la jurisdicción ordinaria definir de manera definitiva el asunto que aquí es objeto de debate, es decir, establecer si la actora se encontraba amparada por la estabilidad ocupacional reforzada al momento de la terminación del vínculo laboral.

Por las anteriores razones no queda otro camino que despachar de manera desfavorable la censura de la parte demandante, y de contera confirmar la decisión absolutoria de primer grado.

Costas

Sin costas en esta instancia 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,

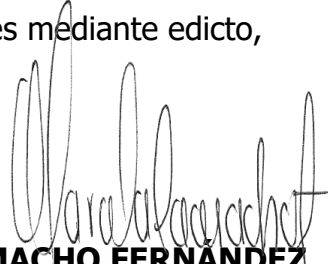
RESUELVE

¹ <http://jurisunirosario2012.blogspot.com.co/2012/08/codigo-general-del-proceso-aspectos.html>

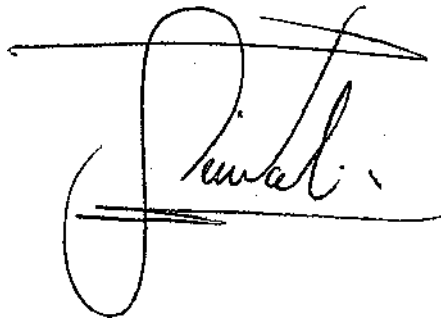
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de septiembre del 2022, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con las consideraciones atrás expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. De las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
(Aclara voto)

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: NORBERTO NOEL PINZÓN ARDILA
Demandada: COLPENSIONES Y OTRA
Radicación: 16-2018-00132-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA– PENSIÓN DE VEJEZ- MODIFICA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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,

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 la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Norberto Noel Pinzón Ardila, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones e Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria, con el propósito de que se declare que estuvo vinculado con esta última entre 19 de enero de 1992 al 26 de diciembre de 2005 y, en consecuencia, debe cancelar a Colpensiones los aportes para pensión durante el citado lapso, de acuerdo con los salarios devengados. Así mismo, solicitó se dispusiera a su favor el reconocimiento y pago de pensión de vejez a partir del 6 de junio de 2017, intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, 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 prestó sus servicios a la empresa Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria en el período comprendido entre el 19 de enero de 1992 al 26 de diciembre de 2005. Indicó que nació el 5 de junio de 1955 y cumplió 62 años el 6 de junio de 2017, data a partir de la cual solicitó la pensión de vejez, misma que le fue negada por Colpensiones. (Expediente digital, PDF 03 Demanda (fls 27 a 34))

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 06 Notificaciones (fls 38 a 39)); 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 negó la pensión de vejez por no cumplir con los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 2º a 5º, 7º y 8º,

relacionados con la fecha de nacimiento del actor, edad, la petición sobre el reconocimiento pensional y la negativa de la misma a través de Resolución núm. SUB 112107 del 29 de junio de 2017. Respecto de los demás señaló no ser ciertos o constarle. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 11 ContestaciónDdaColpensiones (fls 54 a 58))

3.2. Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria. Al contestar el libelo introductorio a través de Curador Ad Litem se opuso a las pretensiones de la misma, aceptando los supuestos fácticos esbozados en la demanda, salvo el enlistado en el numeral 6º, considerando que no es un hecho. Formuló la excepción genérica. (Expediente digital, PDF 32 ContestaCuradoraIntercontinental (fls 133 a 138))

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de junio del 2022, en la que el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el actor e Intercontinental de Aviación S.A. – Inter hoy en liquidación obligatoria Aeropesca, en el período comprendido entre el 19 de enero de 1992 y el 26 de diciembre del año 2005. En consecuencia, condenó al empleador a pagar el cálculo actuarial del período comprendido entre el 19 al 22 de enero de 1992, el cual deberá ser trasladado a Colpensiones a su entera satisfacción teniendo como salario base el salario mínimo legal mensual vigente. Ordenó a esta última que elabore el cálculo actuarial y acepte el pago que realice la citada empresa, así mismo, a reconocer, pagar e incluir en nómina al actor como pensionado por vejez a partir del “1º de febrero del año 2018”, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente a razón de 13 mesadas anuales; condenó al pago de retroactivo pensional a partir del “1º de febrero del año 2016”, en forma indexada, autorizando descontar lo atinente a los aportes a seguridad social, más las costas del proceso.

Como sustento de su decisión indicó que debía proponerse verificar si había lugar a declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y la sociedad codemandada, si ésta omitió efectuar los aportes de seguridad social y si estos deben incluirse como semanas de cotización en la historia laboral, para efectos de que Colpensiones reconozca y pague la pensión de vejez, a partir del 6 de junio de 2017, más los reajustes anuales, mesadas adicionales e intereses moratorios. Con tal propósito, recordó que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo es necesario que esté probada la actividad personal del trabajador a favor del presunto empleador, mientras que le corresponde a este último desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del C.S.T.

Así, luego de analizar los demás medios de convicción allegados al plenario, sostuvo que la codemandada no allegó ninguna prueba en su favor para desvirtuar la certificación laboral expedida por el agente especial de la entidad el 6 de marzo de 2006, de la cual verifica que el actor prestó sus servicios en el cargo de conductor mediante un contrato de trabajo a término indefinido, cuyos extremos temporales corresponden desde el 19 de enero de 1992 al 26 de diciembre de 2005, percibiendo un salario mensual de \$358.000, de ahí que debía declarar su existencia.

Sentado lo anterior y en lo que refiere a la omisión en las cotizaciones en pensión señaló que en los casos en que el empleador ha sido omiso en la afiliación obligatoria del trabajador, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha ordenado con base en el artículo 9º de la Ley 797 de 2003, la realización de un cálculo actuarial a satisfacción de la entidad administradora de fondo de pensiones a fin de ser computado dentro de las semanas exigidas para la caución del respectivo derecho pensional.

Conforme a ello, verificó en el expediente administrativo del actor el formulario de afiliación al Sistema General de Pensiones del extinto ISS, con el que se constata que la empresa demandada le comunicó a la entidad que su trabajador ingresó a la empresa como conductor y con un salario de \$260.100, quien realizó traslado del Fondo de Pensiones Santander al ISS; también observó del reporte de semanas cotizadas en pensiones que el empleador efectuó afiliación del demandante solamente a partir del 22 de enero de 1992, realizando aportes desde esa data en forma interrumpida y hasta el 30 de junio del año 2001. Con fundamento en lo anterior, consideró que la empresa empleadora se encuentra en la obligación de trasladar el cálculo actuarial respectivo a Colpensiones causado del 19 al 22 de enero del año 1992, teniendo como base salarial el salario mínimo mensual vigente para la época.

En lo atinente a los periodos que no han sido reportados por parte de la codemandada, indicó que existe mora en los ciclos de junio de 1995, enero a diciembre de 1998, el año 1999 completo, los meses de enero, abril a diciembre del año 2000, los meses de enero, febrero, abril, mayo, agosto a diciembre del año 2001, en los años 2002, 2003, 2004 y el período comprendido entre el 1° de enero y el 26 de diciembre de 2005, por lo tanto, debía condenar a la empleadora a efectuar el pago de estos aportes en mora, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente para cada ciclo.

Respecto a la pensión de vejez precisó que el actor no cumple con ninguno de los dos requisitos para ser beneficiario del Régimen de Transición Pensional, luego debía estudiar la prestación con base en las disposiciones de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003. Bajo ese norte, señaló que la edad de los 62 años la acredita el 6 de junio del año 2017 y a 31 de enero del año 2018, fecha de su última cotización, un total de 1506.82 semanas, en la que se incluyen los períodos en mora o no realizados por la demandada Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria, por lo que debía condenar a Colpensiones a reconocer y pagar el derecho pensional a partir del "1° de febrero de 2018", en 13 mesadas pensionales, en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente.

Relativo a los intereses moratorios solicitados en el escrito primigenio aludió que, los mismos no proceden como quiera que aplicó al reconocimiento pensional el criterio jurisprudencial, según el cual la mora no es imputable al afiliado para efectos de obtener la pensión de vejez y "*dado que la empresa empleadora no ha efectuado el pago de los periodos que se tienen en mora y que con base en ello sin haber efectuado este pago, precisamente las cotizaciones que tenía registradas Colpensiones en su haber eran apenas 1112.71 semanas, insuficientes para efectos de reunir los requisitos establecidos en el artículo noveno de la ley 797 del año 2003.*" (Expediente digital, audio12Parte1Audiencia06Julio2022Arts77y80)

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación señalando que de conformidad con lo establecido por el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, existió mora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de allí que se torne procedente el pedimento. Expuso que la citada disposición no establece excepción alguna sobre la cual deba negarse a su pago, pues procede siempre que haya existido retraso en la cancelación de mesadas pensionales, más aún cuando puso en conocimiento a Colpensiones las inconsistencias que existía en historia laboral y no probó dentro del trámite del proceso haber iniciado acción de cobro coactivo en contra del empleador con el objetivo de normalizar sus cotizaciones pensionales. (Expediente digital,

audio12Parte1Audiencia06Julio2022Arts77y80)

5.2. Colpensiones. Como fundamento de su alzada esgrimió que en armonía a lo establecido en el artículo 22 de la Ley 100 de 1993, está en cabeza del empleador la obligación de efectuar cotizaciones al Sistema General de Pensiones, teniendo en cuenta el salario que efectivamente devengue el empleado dentro de los plazos y condiciones que determina la norma en mención. Por lo anterior, señaló que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva de la entidad. (Expediente digital, audio12Parte1Audiencia06Julio2022Arts77y80)

6. Alegatos de conclusión. La demandada **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que como quiera que las pretensiones van dirigidas contra Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria –AEROPESCA, la entidad carece de legitimación en la causa en el presente asunto. Indicó que esta en cabeza de aquel empleador la obligación de efectuar las cotizaciones al sistema general de pensiones, teniendo en cuenta el salario que efectivamente devengue el trabajador, dentro de los plazos y condiciones que determina la norma en mención.

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 Colpensiones 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 no efectuó Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria, en virtud de la relación laboral que sostuvo con el actor?; (ii) ¿Tiene derecho a que se reconozca y pague una pensión bajo los parámetros de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, en caso positivo, a partir de qué fecha?; (iii) ¿Erró la A quo al declarar no probada la excepción de prescripción?; y (v) ¿Se equivocó la Juez de primer grado al no reconocer intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993?

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 entre el actor y la sociedad Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria sostuvieron un vínculo laboral entre el 19 de enero de 1992 al 26 de diciembre del año 2005, para desempeñar el cargo de conductor, devengando un salario mínimo legal mensual vigente; supuesto fáctico que no sobra precisar se logra corroborar con la certificación laboral que expidió la empleadora el 7 de marzo de 2006 y la carta de terminación del vínculo laboral (Expediente digital, PDF 02 Anexos (fls 03 a 26)). Tampoco existe controversia en torno a que nació el 6 de junio de 1955 y que se encuentra válidamente afiliado al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones desde el 7 de septiembre de 1976, pues dada la situación de multivinculación que presentó el gestor de la litis, lo asignaron vía administrativa al citado régimen pensional, en aplicación del Decreto 3995 de 2008. Ni está en discusión que no es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993.

4. Cálculo actuarial. Sobre este aspecto y con el fin de adentrarse al estudio de los recursos de apelación propuestos por las partes, necesariamente se debe partir por recordar que la obligación en el pago de las pensiones de jubilación se encontraba a cargo

de los empleadores, toda vez que no se había creado el ISS, lo cual, solo vino a suceder a través de la Ley 90 de 1946, que reguló el seguro obligatorio, además, creó el ISS quien a su turno debía asumir los riesgos de invalidez, vejez y muerte, en los lugares donde se diera inicio a la cobertura y en forma gradual. De ahí que los empleadores estaban abocados a efectuar el aprovisionamiento según el tiempo que el trabajador hubiese laborado a su servicio y entregarlo a la entidad, a efectos de reconocer el derecho pensional.

En esa medida, la carga pensional continuó a cargo de los empleadores en los demás lugares del territorio nacional donde no se encontraba el ISS, que como ya se indicó, esta se hizo de forma gradual, de manera que ante la expedición de la Ley 100 de 1993, la afiliación obligatoria se efectivizó en todo el territorio nacional. En efecto, la citada Ley, en su artículo 33 señaló que los trabajadores que prestaron servicios a un empleador y que no hubieren sido afiliados al régimen pensional, para efectos del reconocimiento de la prestación de vejez, se tendría en cuenta dicho tiempo de servicio y que aquel empleador debería asumir el título pensional correspondiente, conforme a las disposiciones contempladas en la misma normatividad y en sus decretos reglamentarios. Por lo anterior, existe obligación por parte de los empleadores de realizar el cálculo actuarial ante la falta de afiliación obligatoria de su trabajador bien sea por la falta de cobertura del ISS, o por negligencia, asumiendo en caso dado el valor del título pensional correspondiente, posición que ha sido sentada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en múltiples de sus sentencias, entre otras, en providencia SL5535 de 2018.

De esta suerte y con acopio de la sentencia que se trajo a esta cuestión, se observa que la intelección de la Juez de primer grado fue acertada, en tanto que es evidente que en los casos en que el empleador no afilió a sus trabajadores al subsistema de seguridad social en pensiones, debe asumir el pago del título pensional correspondiente a esos aportes, de suerte que del periodo no cotizado, pero laborado por el actor a favor de Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria, es decir, del 19 al 21 de enero del año 1992, se deriva la obligación de esta última, de afiliar y pagar el título o bono pensional en la administradora de fondo pensional de su elección, conforme así lo dispone los artículos 15 y 17 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, debe precisar la Sala que los medios de convicción aportados al proceso dan cuenta de que la empleadora solo vino afiliar al trabajador al régimen de los seguros sociales hasta el 22 de enero de 1992, teniendo como ingreso base de cotización de un salario mínimo legal mensual para esa época, según se verifica de la relación de novedades registradas en el reporte expedido por el ISS (Expediente administrativo), luego no cabe duda a esta Corporación sobre la obligación que tenía como empleadora de realizar el cálculo actuarial o título pensional respecto del tiempo de servicio prestado con anterioridad a dicha calenda, por manera que al no existir prueba que permita discernir su pago, resulta procedente su reconocimiento y posterior cancelación, tal como lo acotó la juez de primer grado, sin que sea posible acoger los argumentos expuestos en la alzada, según los cuales debe declararse probada la falta de legitimación en la causa por pasiva de Colpensiones, dado al conflicto que surgió entre el empleador y el actor, pues contrario a ello, le corresponde a ésta por virtud de la escogencia que efectuara el accionante como su administradora de pensiones, la elaboración del cálculo actuarial, en los términos del inciso 2º del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, concordante con lo dispuesto en los Decretos 1887 de 1994 y 1748 de 1995, de suerte que es evidente la existencia del vínculo jurídico que legitima su intervención.

Ahora, teniendo en cuenta que la A quo ordenó a Colpensiones que elabore el cálculo actuarial de los aportes pensionales del demandante por el período comprendido entre el

19 de enero y el 22 de enero de 1992, y no hasta el 21 de enero de 1992, pues a partir de dicha calenda hubo afiliación de su empleador al ISS, punto frente al cual no hubo reparo por esta última, la Sala mantendrá incólume tal decisión.

5. 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 segunda discusión se genera en torno a las cotizaciones que realizó el actor por cuenta del empleador Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria desde el 22 de enero de 1992 y hasta el 26 de diciembre de 2005, pues afirma que no se convalidaron la totalidad de sus aportes en la historia laboral. Frente a este punto, ciertamente se observa de la historia laboral actualizada al 9 de mayo de 2018, el estado de mora en el pago de aportes de los siguientes ciclos:

PERIODOS EN MORA		PERIODOS NO COTIZADOS
MES	DÍAS EN MORA	MES
1997-12	5	1998-01 a 2000-01
		2000-04 a 2001-02
		2001-04 a 2001-05
		2001-07 a 26-12-2005

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 en mora, 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. En ese sentido, en lo que atañe al asunto de marras, se evidencia que no fue objeto de

discusión entre el señor Pinzón Ardila y la empresa Intercontinental de Aviación S.A. Inter en Liquidación Obligatoria, que sostuvieron un vínculo de trabajo, cuyos hitos temporales corresponden del 19 de enero de 1992 al 26 de diciembre del año 2005; luego al no existir controversia sobre el contrato de trabajo declarado por la A quo, es claro que se cumplen las condiciones para que el periodo sea tenido en cuenta con miras a analizar los presupuestos legales de reconocimiento de la pensión de vejez.

En esas condiciones, la cognoscente de primer grado no cometió ningún desafuero al incluir en la sumatoria de cotizaciones del afiliado, aquellas correspondientes a los tiempos en que prestó servicios a favor de dicha sociedad, aunque se haya incurrido en mora, 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 de la codemandada.

Con todo lo anterior, 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 período con fundamento en la mora, pues frente a esto tenía el deber legal de cobrarlos coactivamente utilizando las acciones previstas en la Ley para ese efecto.

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 junto con las cotizaciones no efectuadas ante la omisión de afiliación, en 2.764 días equivalentes a 394.86 semanas, que sumadas a las 1.112.71 que reporta en la historia laboral actualizada al 9 de mayo de 2018, arroja un total de 1.507,57 semanas en toda su vida laboral desde el 7 de septiembre de 1976 hasta el 31 de enero de 2018, fecha de su última cotización.

6. Pensión de vejez. 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 incrementarán en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

6.1. Edad. El demandante cumplió el requisito de edad de 62 años el 6 de junio de 2017, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1955, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente digital.

6.2. Semanas. Como se dijo con anterior, el actor cuenta con un total de 1.507,57 a 31 de enero de 2018, por tanto, es claro que 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, tal y con acierto lo encontró la Juez de primer grado.

7. 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 el actor cumplió su estatus pensional o causación el 6 de junio de 2017, cuando cumplió la edad y semanas requeridas, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 758 de 1990, pero su última cotización la realizó el 31 de enero de 2018, por manera que el disfrute de la prestación económica lo será a partir del día siguiente, esto es, 1 de febrero del mismo año, en los términos antes dichos y como bien lo señaló la juzgadora de primer grado.

8. Tasa de reemplazo y monto de la pensión. La pensión de vejez a favor del actor debe ser reconocida a partir del 1 de febrero de 2018, calculado en la forma establecida en los artículos 21 y 34 de la Ley 100 de 1993; sin embargo, atendiendo a que el demandante cotizó durante su vida laboral sobre la base de un salario mínimo, la pensión de vejez lo será sobre dicho monto, esto es, en cuantía de \$781.242, mesada cuyo valor deberá pagarse con los reajustes legales y en 13 mesadas pensionales al año, dado a que la pensión fue causada con posterioridad a 31 de julio de 2011, 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 afectada por tal medio extintor, ya que la obligación se hizo exigible a partir del 1° de febrero de 2018, la reclamación administrativa se presentó el 7 de junio de 2017, que fue resuelta a través de Resolución SUB 112107 del 29 de junio de 2017 y confirmada mediante acto administrativo SUB 146635 de 1 de agosto del mismo 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 26 de febrero de 2018, 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 prohibir que no operó el fenómeno prescriptivo.

10. Retroactivo pensional. Consecuente con lo expuesto, con arreglo a lo previsto en el artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha en que se profiera la sentencia de segunda instancia, y una vez realizados los cálculos matemáticos del caso por la Sala, se obtiene un valor de **\$55.362.689**, correspondiente a las mesadas causadas entre 1° de febrero de 2018 al 30 de noviembre de 2022, y a partir del día siguiente Colpensiones deberá cancelar al actor una mesada pensional equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente, la cual se incrementará anualmente conforme el reajuste que fije o acoja el Gobierno Nacional. En tal sentido, se **MODIFICARÁ** el numeral tercero de la sentencia de primer grado.

Retroactivo Pensional				
Fecha inicial	Fecha final	Salario mínimo legal mensual vigente	Nº. Mesadas	Total
1/02/2018	31/12/2018	\$ 781.242	12	\$ 9.374.904
1/01/2019	31/12/2019	\$ 828.116	13	\$ 10.765.508
1/01/2020	31/12/2020	\$ 877.803	13	\$ 11.411.439
1/01/2021	31/12/2021	\$ 908.526	13	\$ 11.810.838
1/01/2022	31/12/2022	\$ 1.000.000	12	\$ 12.000.000
Total Retroactivo Pensional				\$ 55.362.689

11. 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 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 aportes pensionales que el empleador dejó hacer y que fueron puestos en conocimiento del actor a través de la solicitud pensional, siendo del caso reiterar que 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; no obstante, si bien la solicitud se presentó el 7 de junio de 2017, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el 7 de octubre del mismo año, para reconocer el derecho reclamado, también lo es que, a pesar de que para la época en que se reclamó ya había consolidado la pensión de vejez, si se tiene en cuenta que, al cumplimiento de la edad, esto es, el 6 de junio de 2017 el actor ya había superado la densidad de semanas necesarias, el actor siguió realizando cotizaciones hasta el 31 de enero de 2018, sin que dentro de dicho lapso se hubiere causado mesadas pensionales sobre las cuales se deba aplicar los réditos reclamados.

Por consiguiente y teniendo en cuenta que desde el 1º de febrero de 2018 entró en mora en el pago de mesadas pensionales, es dable por la Sala **MODIFICAR** el numeral 5º de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a Colpensiones al pago de los intereses moratorios desde aquella data y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional causado.

12. Indexación de las mesadas adeudadas. Teniendo en cuenta que se condenó al pago de intereses moratorios se revoca la condena impuesta por la falladora de primera instancia, según la cual las mesadas adeudadas deben cancelarse manera indexada, pues, conforme lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 856-2021 los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, ya que la indexación se entiende incluida en los intereses.

13. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, por haber prosperado el recurso de alza y haber salido avante el propuesto por el demandante.

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

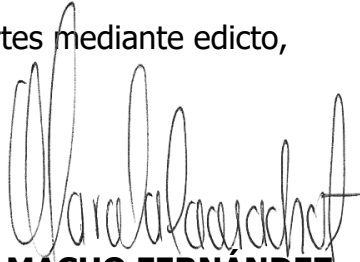
PRIMERO: MODIFICAR el numeral 5° de la sentencia proferida el 10 de agosto del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar, **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a pagar a **NORBERTO NOEL PINZÓN ARDILA**, la suma de **\$55.362.689**, como retroactivo pensional causado desde el 1° de febrero de 2018 al 30 de noviembre de 2022. A partir del 1° de diciembre de 2022, deberá seguir reconociendo una mesada pensional en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, que se incrementará anualmente, de conformidad con el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, sin perjuicio de la mesada adicional de diciembre.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 5° de la sentencia apelada, para en su lugar condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al actor los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde el 1° de febrero de 2018 y hasta cuando se efectúe el pago del retroactivo pensional causado.

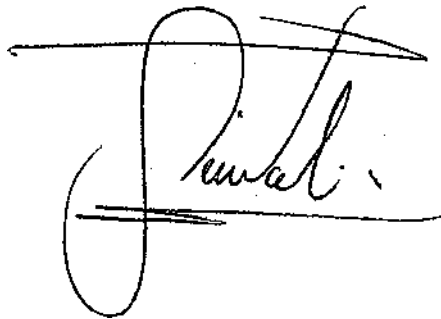
TERCERO: En lo demás, se **MANTIENE** incólume la sentencia de primer grado.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante.

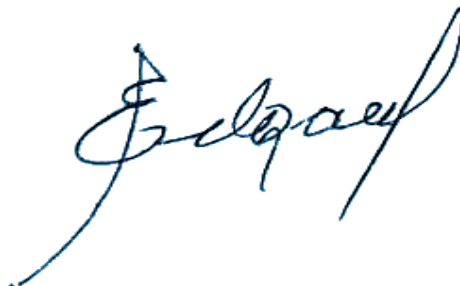
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



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 Norberto Noel Pinzón Ardila y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: FUERO SINDICAL – PERMISO PARA DESPEDIR
Demandante: BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Demandada: DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO
Radicación: 31-2021-00382-03
Asunto: APELACIÓN – PRESCRIPCIÓN – JUSTA CAUSA.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre del dos mil veintidós (2022)

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandada en contra de la sentencia de primera instancia.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Banco Itaú Corpbanca Colombia S.A., instauró demanda ordinaria contra Diana Marcela Roncancio Roncancio, con el propósito de que se declare que aquella tiene fuero sindical y que incurrió en una justa causa para dar por terminado su contrato de trabajo. En consecuencia, se ordene el levantamiento del fuero sindical y se conceda el permiso para despedirla, junto con el pago de costas procesales. (Fols. 1 a 40 archivo No 01).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes celebraron un contrato de trabajo a término indefinido con fecha de inició el 16 de mayo del 2012; que el 23 de octubre de 2020 fue notificada de la garantía foral que ostenta la demandada en la junta directiva de la Unión Colombiana de Empleados Bancarios y del Sector Financiero "UCOBANYSF"; que la organización sindical "UCOBANYSF" es firmante del capítulo adicional de la Convención Colectiva de Trabajo vigente, por lo que la demandada es beneficiaria de tal convención colectiva de trabajo, misma que dispone un procedimiento disciplinario que se mantiene desde el año de 1991; que la demandada desempeña el cargo de Subgerente Comercial Banca preferente; que la gerencia de prevención de fraudes e investigaciones generó el informe GPF-2021-072-1 del 23 de abril de 2021, encontrando irregularidades a cargo de la demandada en el trámite de 24 pólizas sin la autorización de siete clientes; que según el informe, la demandada utilizó la misma papelería de pólizas anteriores e imágenes de firmas de los mismos clientes sobrepuestas en los formatos de las pólizas no consentidas; que las irregularidades causaron un perjuicio económico al Banco por valor aproximado de \$27.000.000; que el 04 de mayo de 2021 se citó a la demandada para diligencia de descargos a efectuarse el 07 de mayo de 2021; que en las respuestas brindadas por la demandada en la diligencia de descargos, aceptó entender y conocer los reglamentos del Banco y haber sido capacitada para el desarrollo de sus funciones; que el 08 de junio de 2021, luego de efectuarse el análisis respectivo frente a los hechos endilgados, las pruebas y los descargos, le fue informada a la trabajadora que su contrato de trabajo terminaba con justa causa, previo agotamiento del proceso especial de levantamiento de fuero sindical; que el 17 de septiembre de 2021 la gerencia de prevención de fraudes e investigaciones informó acerca de las sumas de dinero que el Banco Itaú devolvió a los clientes, las cuales ascendieron a la suma de \$70.337.796,85; que el artículo 18 de la Convención Colectiva suscrita con la organización sindical ACEB establece un proceso disciplinario aplicable para la terminación del contrato de trabajo con justa causa. (Fols. 1 a 40 archivo No 01, y folios 1 a 5 archivo No 31).

2. Contestación. En lo que interesa al asunto la demandada Diana Marcela Roncancio Roncancio, se opuso a las pretensiones manifestando que las faltas que se le endilgan no están tipificadas en el reglamento interno de trabajo, ni en ningún otro acuerdo que exista entre la demandada y el Banco, ni en ninguna convención colectiva de trabajo, requisito indispensable en aras de garantizar el debido proceso, además que el negocio de las pólizas fue cerrado oportunamente y el Banco cobró en varias oportunidades las cuotas de las primas de las pólizas por varios años; que la demandante no señala el nombre de la organización sindical a la que está afiliada la demandada. Propuso como excepciones las de prescripción e inexistencia de la justa causa invocada por la demandante. (Fols. 1 a 25 archivo No 28 y audiencia archivos Np 039 y 56).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2022, en el que la falladora ordenó el levantamiento del fuero sindical de la señora DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO, concediendo el permiso para despedirla, y la gravó en costas procesales.

Estableció la juez primigenia que la trabajadora demandada tiene fuero sindical al encontrarse dentro de los cinco primeros suplentes del sindicato, además que le es aplicable la Convención Colectiva del 06 de septiembre de 1991, pues de conformidad con el artículo 1º, se extiende a todos los trabajadores del Banco, además que no obra prueba de que expresamente haya renunciado a la aplicación de esa convención, incluso, el representante de la organización sindical en la diligencia de descargos no hace alusión a la aplicación de la convención, sino a que, con aplicación de la misma, se encontraba prescrita la actuación del empleador.

Bajo el anterior parámetro, adujo que de conformidad con el artículo 18 de la Convención Colectiva, relativo a las sanciones disciplinarias, había que tenerse en cuenta que el informe de las irregularidades data del 23 de abril de 2021, la citación a descargos fue el 04 de mayo de 2021, es decir, dentro de los 20 días calendario de que trata la norma convencional; ahora, como los descargos no se rindieron el 07 de mayo de 2021, sino que fueron presentados el 11 de mayo de 2021, debido a que estaba la demandada incapacitada, concluyó que tampoco se sobrepasaron los 20 días.

Ahora, la norma convencional establece que la decisión debe ejecutarse dentro de los 30 días, aspecto que tampoco se desconoció por la entidad demandante, dado que los descargos se efectuaron el 11 de mayo de 2021 y la decisión de finalizar el contrato de trabajo con justa causa se tomó el 08 de junio de 2021. Ahora, entre esta última calenda y el 06 de agosto de 2021, fecha de presentación de la demanda, no pasaron más de dos meses, por lo que la excepción de prescripción alegada no prosperó.

Frente a la justa causa que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo, manifestó que la conducta endilgada y descrita en el documento de terminación del contrato de trabajo de fecha 8 de junio del año 2021 realmente sí existió, como quiera que se acredita la adulteración de las pólizas en relación con las firmas, lo que constituye falta grave e incumplimiento a sus obligaciones establecidas en el contrato de trabajo. Manifestó que la conducta de la demandada va en contra de preceptos como la moralidad, pues es claro que violó de manera grave las obligaciones o prohibiciones especiales que le incumben como trabajadora, porque incumplió los reglamentos que le imponía al banco, los cuales confesó conocer y cuyo conocimiento también se acredita de manera documental dentro del plenario.

Concluyó que la demandada incurrió en las justas causas que se le imputan y con ellas violó por lo menos los numerales quinto y sexto el artículo 62 del CST, literal a) subrogado por el Decreto ley 2351 de 1965, por lo que hay lugar a acceder a las pretensiones de la

parte demandante, esto es, autorizar el levantamiento del fuero sindical y conceder el permiso para despedir con justa causa a la trabajadora demandada.

3. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión la apoderada de la **demandada** formuló recurso de apelación indicando que no es aplicable la convención colectiva a la trabajadora, ya que no se demostró que aquella fuera beneficiaria de la misma, ni tampoco que haya estado afiliada a ACEB; que debe declararse la prescripción, dado que los términos prescriptivos aplican desde el momento en que la parte demandante conoce la falta, sin que deba aplicarse el procedimiento convencional, además porque no existe acta extra convencional que reglamentará la aplicación de dicho proceso a la trabajadora; que la trabajadora demandada no es afiliada al sindicato ACEB; que no está demostrado que la demandada sea beneficiaria de la convención colectiva suscrita con la ACEB y tampoco hay acta extra convencional que lo demuestre; que los dos meses de la prescripción empiezan a correr una vez ocurrida la justa causa o culminado el procedimiento convencional que da lugar a establecerla, sin embargo, a los empleados particulares no se les puede aplicar los procedimientos señalados en el reglamento interno de trabajo y la convención colectiva de trabajo; que la falta no está aprobada y no se valoraron en su totalidad las pruebas y testimonios, pues los formularios originales no fueron evaluados ni comparados con las pólizas allegadas al perito; que se hizo pronunciamiento por la juez respecto de una firma que no fue comparada con la original; que los hechos del informe datan de hace más de seis años, y no es cierto que se haya iniciado por las quejas de los clientes; que no se demuestra que la demandante hubiese pagado algún porcentaje de comisión por la venta de esas pólizas, al contrario, el banco sí cobró el valor de las pólizas a los asegurados; que los testigos de la demandante son incoherentes entre ellos ya que ninguno presencié las supuestas ventas; que el juez no aplicó la norma de la legislación comercial, ya que si hubiese aplicado, las irregularidades que se dan en las pólizas no constituyen invalidez de los contratos del seguro; que no se cumple con el principio de inmediatez, ya que se están alegando supuestas faltas desde hace de más de 6 años; que cuando no se tomen los correctivos oportunos por parte del empleador contra el trabajador, se considera que estas supuestas faltas deben considerarse que el trabajador queda exonerado; que las pólizas fueron cobradas solo después de la devolución de dineros es que se presentan las supuestas quejas de los clientes, no siendo estas quejas hechas al momento del pago de las pólizas, sino solo cuando se inicia el proceso de investigación. En conclusión, manifiesta que sin lugar equívocos los dos meses empiezan a contarse desde el momento de la diligencia de descargos que para el caso en concreto fue el 11 de mayo de 2021 y la demandante tenía plazo para interpretar la demanda hasta el 10 de julio 2021, y como quiera que la demanda se presentó el 13 de agosto de 2021, cuando había transcurrido tres meses y tres días, opera la prescripción.

CONSIDERACIONES

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la accionada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del C.P.T. y de la S.S. 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 los **siguientes problemas jurídicos:** **(i)** ¿Hay lugar a declarar probada la excepción de prescripción? **(ii)** ¿El levantamiento del fuero sindical y la autorización para terminar el contrato de trabajo emitida por la a quo se encuentra o no ajustada a derecho?, para lo cual se abordará sí **(ii)** ¿Se acredita la justa causa esgrimida en la carta de terminación del contrato de trabajo?

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

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

En ese orden, el derecho al fuero sindical, para quienes se encuentran amparados por esta garantía en términos del artículo 406 del C.S.T., entraña una serie de obligaciones correlativas para el empleador como abstenerse de despedir o desmejorar de cualquier manera la situación del trabajador, salvo que medie una justa causa previamente calificada y autorizada por el juez laboral.

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

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

De todo lo expuesto hasta aquí, se puede establecer de manera cristalina que la señora DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO ostenta la calidad de miembro de la Junta Directiva de la Seccional Bogotá de la Unión Colombiana de Empleados Bancarios y del Sector Financiero "UCOBANYSF" (Fol. 1 archivo No 17), y que el 08 de junio de 2021, el empleador le comunica la terminación del contrato de trabajo, con sustento jurídico en lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo artículo 70, literales a), d), e), f), h), e i); artículo 81 numerales, numerales 1), 2), 5), 15) y 16); artículo 85, numeral 23; artículo 95, numerales 2), 5) 6) y 11); artículo 96, numerales 3), 7), 27) y 36); Código Sustantivo del Trabajo, artículo 56, artículo 58, numerales 1), 4) y 5); y artículo 62, literal a), numerales 5), 6) y 11), esto es, por incurrir "en graves irregularidades al aperturar pólizas de seguros a través de maniobras que contravienen los procedimientos y manuales internos del Banco, sin el consentimiento o el conocimiento pleno e informado del cliente frente a tales productos", decisión que quedó en suspenso de ejecución hasta tanto se

adelantara el proceso de levantamiento del fuero sindical (Fols. 1 a 4 archivo No 005), aspectos que se tendrán en cuenta al momento de fallar de fondo la presente causa.

5. Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa. Sobre el punto, en reiterada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, ha decantado que no se requiere adelantar un procedimiento para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, si el mismo no se encuentra estipulado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo o convención colectiva de trabajo, además que no se puede equiparar la terminación del contrato de trabajo por justa causa con una sanción disciplinaria.

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *"la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal. (...) de este modo, **si el trabajador pretende que su despido, además de injusto fue ilegal, tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite.** Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o trámite".*

En este punto, viene a propósito traer a colación lo pregonado en las sentencias No 30612 y 32422 del año 2008, por la Sala de Casación Laboral de nuestro máximo órgano Jurisdiccional, al señalar: *"Esta Corporación de tiempo atrás ha sostenido que el despido no es una sanción disciplinaria, y que por ende para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de sanciones disciplinarias, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como por ejemplo en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo, que no es el caso que nos ocupa".*

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que la convención colectiva del 06 de septiembre de 1991 (Fols. 1 a 37 archivo No 010), precisa en el capítulo cuarto las "sanciones disciplinarias" de la siguiente manera:

"Artículo 18. Cuando un trabajador sindicalizado incurra en violación de alguna disposición reglamentaria, el Banco dará aviso al empleador, y a la ACEB., a ésta última con las pruebas que sustentan los hechos, antes de la audiencia a fin de que puedan presentarse los descargos respectivos con la debida documentación, antes de tomar la decisión correspondiente.

Después de presentados los descargos, o si no se presentan el trabajador y los representantes de ACEB, si fuere el caso, el Banco decidirá sobre la procedencia o no de la sanción reglamentaria o la rebaja de ella, de lo cual dará aviso escrito al trabajador y al sindicato, sin perjuicio de que se puedan presentar las apelaciones reglamentarias por parte del trabajador o de éste, conjuntamente con la ACEB. (...)

Parágrafo 1º. La falta prescribirá veinte (20) días después de aquel en que el Banco haya tenido conocimiento de ella, siempre que el primer aviso a que se refiere este artículo no se haya dado dentro de los veinte (20) días previstos.

Una vez surtido el trámite anterior y si la falta mereciere sanción, ésta deberá empezar a ejecutarse dentro de los treinta (30) días siguientes so pena de que prescriba definitivamente.

Parágrafo 2º. No podrá imponerse nueva sanción por el mismo hecho juzgado."

Debe tenerse en cuenta que en similares términos el artículo 88 del Reglamento Interno de Trabajo (Fols. 1 a 44 archivo No 019), prescribe el procedimiento para la aplicación de sanciones disciplinarias.

De lo expuesto, preliminarmente debe acotar la Sala que sí le resulta aplicable a la trabajadora lo dispuesto en la Convención Colectiva de Trabajo, pues aquella establece en el parágrafo 1º del artículo 1º relativo a las normas generales y campo de aplicación que *"los beneficios resultantes de la presente convención se extienden a todos los trabajadores del Banco, al tenor de las disposiciones legales, con excepción de quienes ocupan los siguientes cargos: (...)"*, sin que en el listado se encuentre el cargo de Subgerente Comercial II (Fols. 1 archivo No 17), por lo que no prospera la alzada en este aspecto. Además, no demuestra la trabajadora demandada que sea beneficiaria de otra convención colectiva o que exista una convención colectiva con el sindicato "UCOBANYSF" de la que emana el fuero sindical, tampoco se acredita que haya renunciado a la aplicación de los beneficios extralegales de la Convención Colectiva del 06 de septiembre de 1991, pues al contrario de los desprendibles de nómina (Archivo ZIP No 053), se logra extraer que recibe beneficios extralegales que devienen de la misma. Así las cosas, no puede sostenerse que el procedimiento establecido en el artículo 18 de la Convención Colectiva no le resulta aplicable.

Ahora, en gracia de discusión, si se concluyera que el procedimiento de la Convención Colectiva no le es aplicable, no puede desconocerse que el Reglamento Interno de Trabajo en el artículo 88 establece el mismo procedimiento para las sanciones disciplinarias, aplicable para todos los trabajadores del Banco demandante, razón por la cual, se desvanece la defensa de la demandada concerniente a que no se podía aplicar el procedimiento allí establecido.

Superado este primer escollo, da cuenta la Sala que al revisar en su integridad el texto convencional y el reglamento interno de trabajo, claramente allí se define que la terminación del contrato de trabajo no constituye falta disciplinaria, o que debe seguirse el procedimiento de imposición de faltas disciplinarias para cuando se va a terminar el contrato de trabajo con justa causa, pues el artículo 86 del RIT establece que las sanciones disciplinarias son la *"amonestación"*, *"llamado de atención"* y *"suspensión disciplinaria"*, es decir, no se encuentra enlistada la terminación del contrato, por el contrario, el artículo 94 del RIT, establece que *"la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte de la Empresa no se considera como sanción disciplinaria sino como un medio jurídico para extinguir aquel"*.

En lo que respecta a la Convención Colectiva, acontece lo mismo, pues el procedimiento de las sanciones disciplinarias (artículo 18 CCT), se encuentra en el capítulo cuarto, y seguidamente, en el capítulo quinto, artículo 21 establece que:

"Artículo 21. Cuando el Banco vaya a dar por terminado el contrato de trabajo de un empleador amparado por la convención colectiva, invocando una justa causa para hacerlo, antes de tomar la determinación definitivamente, oirá al trabajador inculcado quien podrá asesorarse de la organización sindical ACEB.

El trabajador tiene 24 horas (dos días hábiles de trabajo) para presentar los descargos, pasados los cuales, si no lo ha hecho, se considera que el trabajador ha renunciado al derecho de ser oído.

Evacuado el procedimiento anterior, el Banco puede libremente tomar la determinación de aplicar la justa causa o desestimar de su intención de hacerlo, al considerar que las explicaciones son satisfactorias y suficientes.

Sin embargo, cuando a juicio del Banco se considere que la causa o motivo para tomar la determinación del despido revista especial gravedad, este tendrá libertad para actuar antes de evacuar el procedimiento". (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, se logra extraer con meridiana claridad que la terminación del contrato de trabajo no constituye una sanción disciplinaria, y en ese orden, erró la entidad demandante al darle connotación de sanción disciplinaria a la terminación del contrato, conclusión a la que también arribó la a quo sin tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 21 de la Convención Colectiva, ni lo pregonado en el artículo 94 del RIT, pues aquello resulta basilar para entrar a definir el disenso relativo a la excepción de prescripción como se estudiara en líneas posteriores.

6. Prescripción de la acción de fuero sindical- autorización para despedir. Ahora, enseña el artículo 49 de la Ley 712 de 2001, modificadorio del artículo 118 A del C.P.L., lo siguiente:

*"...Las acciones que emanan del fuero sindical prescriben en dos (2) meses. Para el trabajador este término se contará desde la fecha de despido, traslado o desmejora. **Para el empleador desde la fecha en que tuvo conocimiento del hecho que se invoca como justa causa o desde que se haya agotado el procedimiento convencional o reglamentario correspondiente, según el caso.***

Durante el trámite de la reclamación administrativa de los empleados públicos y trabajadores oficiales, se suspende el término prescriptivo.

Culminado este trámite, o presentada la reclamación escrita en el caso de los trabajadores particulares, comenzará a contarse nuevamente el término, de dos (2) meses..." (Subrayas fuera del texto)

Significa lo anterior, que si bien la justicia ordinaria laboral es la competente para determinar si la causa endilgada como justa para dar por terminada la relación laboral de un aforado, tal competencia se ejerce dando cumplimiento a preceptivas legales, entre ellas, la consagrada en el artículo que se acaba de transcribir, relativo a la oportunidad para presentar la demanda para el levantamiento del fuero sindical.

Sobre esta temática resulta conveniente traer a colación lo dispuesto en la sentencia STL8970-2019 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la que dijo lo siguiente:

"De acuerdo con lo anterior, es necesario precisar que las disposiciones que reglamentan el procedimiento laboral prevén un término corto de prescripción para la interposición de las acciones que diriman controversias que surjan de una relación laboral, con el objetivo de garantizar la seguridad jurídica, y la celeridad de la decisión judicial. A su vez, contemplan un término especial de prescripción aún más corto para aquellas acciones, bien de reintegro o bien de levantamiento del fuero sindical, en atención a la protección del derecho de asociación sindical.

No obstante, lo anterior, para efectos de la declaración de la prescripción de la acción, se debe verificar si se estableció un procedimiento previo en la convención colectiva de

trabajo o en el reglamento respectivo, sin que en la norma se aluda a que tal procedimiento esté supeditado de manera exclusiva para el evento de los empleados públicos”.

En la misma providencia, se trae a colación lo discurrido en providencia del 13 de marzo de 2013, STL31748-2013, para manifestar que:

"Cuando el empleador, acoge ese mecanismo, de acuerdo con lo establecido por el reglamento, no puede desconocerlo el juzgador, pues ello en verdad constituye un desafuero normativo, que violenta el debido proceso y desequilibra las relaciones del trabajo, en atención a que se otorgan mayores posibilidades al trabajador para defenderse y determinar si en verdad se cometió alguna de las faltas para terminar el contrato de trabajo, defensa que igualmente se acrecienta en tanto dentro del proceso de levantamiento de fuero sindical puede ejercer todas las facultades que como parte judicial se le confieren, garantizándosele así un mayor campo de acción para controvertir las pretensiones y aspiraciones de su empleador”.

Bajo el anterior panorama, es claro para la Sala, que la entidad demandante sostiene que con ocasión del informe de fecha 23 de abril de 2021, evidenció que la trabajadora demandada tramitó 24 pólizas sin autorización de siete clientes, ante lo cual, procedió el 4 de mayo de 2021 a citarla a descargos para el día 07 de mayo de 2021, y que una vez agotada tal diligencia, el 08 de junio de 2021 le fue informado que su contrato de trabajo terminaría con justa causa, una vez se adelanta el proceso judicial de levantamiento del fuero sindical. Asimismo, argumenta que a la demandada le es aplicable lo dispuesto en el procedimiento disciplinario establecido en la convención colectiva suscrita con la organización sindical ACEB, el cual se mantiene incólume desde el año de 1991.

Por su parte, la parte demandada sostiene que debe operar la excepción de prescripción al no haberse acudido a la jurisdicción dentro de los dos meses siguientes al conocimiento de la falta, sin que deba aplicarse el procedimiento convencional, además porque no existe acta extra convencional que reglamente la aplicación de dicho proceso a la trabajadora.

De otro lado, la A quo adujo que la entidad demandante se ciñó al procedimiento establecido en el artículo 18 de la CCT, habida cuenta que el informe de las irregularidades data del 23 de abril de 2021, la citación a descargos fue el 04 de mayo de 2021, es decir, dentro de los 20 días calendario de que trata la norma convencional; que los descargos no se rindieron el 07 de mayo de 2021, sino que fueron presentados el 11 de mayo de 2021, debido a que estaba la demandada incapacitada, sin embargo, tampoco se sobrepasaron los 20 días; que como la norma convencional establece que la decisión debe ejecutarse dentro de los 30 días, como quiera que los descargos se efectuaron el 11 de mayo de 2021 y la decisión de finalizar el contrato de trabajo con justa causa se tomó el 08 de junio de 2021, no superó tal término, siendo este último el hito final del procedimiento disciplinario y a la vez el hito inicial para contabilizar los dos meses para acudir a la jurisdicción a solicitar el levantamiento del fuero sindical. Concluyó que, entre el 08 de junio de 2021 y el 06 de agosto de 2021 (fecha de presentación de la demanda), no pasaron más de dos meses, la excepción de prescripción alegada no prospera.

Trayendo lo dicho en el acápite anterior, considera la Sala que al no ser la terminación del contrato una sanción disciplinaria y teniendo en cuenta que no es dable deducir del RIT que el procedimiento del artículo 18 de la CCT y artículo 88 del RIT conlleve a la terminación del vínculo laboral, sino a una "amonestación", "llamado de atención" o "suspensión disciplinaria", es por lo que, el hito inicial para acudir a la acción especial de levantamiento de fuero sindical no puede ser la terminación del proceso disciplinario de que trata el artículo 18 de la CCT como lo determinó la a quo, pues se reitera, ni las partes ni la norma convencional o reglamentaria establecieron que para el finiquito laboral se debían ceñir al procedimiento de las sanciones disciplinarias, y por ende, en este punto le

asiste razón a la censura, lo que de paso lleva a colegir que las consideraciones que al respecto efectuó la juez primigenia son equivocadas, ya que contabilizó los términos con base en un procedimiento (artículo 18 de la CCT) que no resulta aplicable cuando el empleador va optar por la terminación del contrato, pues en ese evento, debía dar aplicación a lo que dispone el artículo 21 de la CCT.

Por otro lado, también debe precisar la Sala que en el presente asunto la contabilización de los dos meses para acudir a la jurisdicción de conformidad con el artículo 118 A del CPTSS, no empieza desde que el empleador tuvo conocimiento de los hechos (informe de fecha 23 de abril de 2021), pues no puede desconocerse lo establecido en el artículo 21 de la CCT, que establece un procedimiento previo antes de tomar la decisión de finiquitar o no el contrato de trabajo, y bajo ese prisma, no le asiste razón a la censura cuando manifiesta que el procedimiento convencional o reglamentario solo aplica al sector público, pues como se adoctrina en la sentencia STL8970-2019, *"para efectos de la declaración de la prescripción de la acción, se debe verificar si se estableció un procedimiento previo en la convención colectiva de trabajo o en el reglamento respectivo, sin que en la norma se aluda a que tal procedimiento esté supeditado de manera exclusiva para el evento de los empleados públicos"*.

Conforme con lo expuesto, descendiendo al sub examine, se entrará a verificar si operó o no la excepción de prescripción teniendo en cuenta el procedimiento establecido en el artículo 21 de la CCT, que a la letra dice:

"Artículo 21. Cuando el Banco vaya a dar por terminado el contrato de trabajo de un empleador amparado por la convención colectiva, invocando una justa causa para hacerlo, antes de tomar la determinación definitivamente, oirá al trabajador inculcado quien podrá asesorarse de la organización sindical ACEB.

El trabajador tiene 24 horas (dos días hábiles de trabajo) para presentar los descargos, pasados los cuales, si no lo ha hecho, se considera que el trabajador ha renunciado al derecho de ser oído.

Evacuado el procedimiento anterior, el Banco puede libremente tomar la determinación de aplicar la justa causa o desestimar de su intención de hacerlo, al considerar que las explicaciones son satisfactorias y suficientes.

Sin embargo, cuando a juicio del Banco se considere que la causa o motivo para tomar la determinación del despido revista especial gravedad, este tendrá libertad para actuar antes de evacuar el procedimiento". (Negrilla fuera del texto)

La empresa demandante alude que tuvo conocimiento de los hechos o irregularidades en el trámite de 24 pólizas sin autorización de siete clientes, el 23 de abril de 2021 (Fols. 1 a 15 archivo No 012), y que en virtud de ello, realizó la citación a descargos el 04 de mayo de 2021, para que fueran rendidos por escrito antes del 07 de mayo de 2021 (Fols. 1 a 5 archivo No 006); sin embargo, llegada esa fecha no se rindieron los descargos por temas de salud, presentándose el día 11 de mayo de 2021 (Fols. 1 a 17 archivo No 011), por lo que, al aplicar la norma convencional (artículo 21 CCT), en la que en síntesis solo enuncia como procedimiento el que se escuche en descargos al trabajador antes de tomar la decisión de finalizar el contrato de trabajo, considera la judicatura que tal procedimiento se agotó el 11 de mayo de 2021, y como quiera que la acción judicial fue presentada el 06 de agosto de 2021 (Fols. 2 archivo No 000. Generación de Demanda), se puede concluir sin asomo de duda que se superaron los dos meses de que trata el artículo 118 A del CPTSS.

De otro lado, no puede sostenerse que el término para acudir a la acción de levantamiento de fuero sindical empiece a contabilizarse una vez la entidad comunicó a la actora la carta

de finalización del contrato (08 de junio de 2021- archivo No 005), ya que aquello constituye la decisión discrecional del empleador, pero en modo alguno la finalización del procedimiento establecido en el artículo 21 de la CCT, pues cristalinamente tal artículo refiere que “**Evacuado el procedimiento anterior**, el Banco puede libremente tomar la determinación de aplicar la justa causa o desestimar de su intención de hacerlo, al considerar que las explicaciones son satisfactorias y suficientes”, es decir, hace referencia a que el procedimiento se evacua o se cumple una vez se rindan los descargos, máxime si se tiene en cuenta la parte final del artículo 21 de la CCT, del que se extrae que no en todos los casos debe agotarse el procedimiento relativo a descargos, pues ello dependerá de la gravedad de la causa o motivo.

Para reforzar lo anterior, téngase en cuenta la sentencia STL1098-2022 en la que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en un caso de similares contornos contra la misma entidad aquí convocante, expresó que la decisión del Tribunal no fue arbitraria ni caprichosa, ni lesiva de las “garantías superiores”. Igualmente, la sentencia referida trae a colación lo dicho en la STL4200-2020, en la que se dijo:

"Analizado lo expuesto por la autoridad judicial censurada, se advierte que la decisión del accionado tribunal, de revocar la determinación del juez de primer grado, para en su lugar, declarar probada la excepción de prescripción formulada por el demandado en el proceso especial de levantamiento de fuero, permiso para despedir, tuvo sustento en que al revisar la normatividad aplicable al caso es decir el artículo 118 A del Código de Procedimiento Laboral y de la Seguridad Social, junto a todo el material probatorio aportado en el trámite del juicio, encontró acreditado que la acción se encontraba prescrita en razón a que la sociedad demandante conoció el hecho constitutivo del despido el día 8 de noviembre de 2018, fecha inicial en que debían computarse los dos meses con los que contaba para presentar la acción de levantamiento de fuero sindical, y no una vez finalizara el procedimiento previo que no se estableció ni en el contrato, ni en la Convención Colectiva de Trabajo, ni en el Reglamento Interno de Trabajo, sin que en dicha determinación se advierta una actuación subjetiva y arbitraria del juzgador, independientemente de que se esté de acuerdo o no con ésta".

Igualmente, en lo que respecta a que se deba tener en cuenta la carta de terminación del contrato como hito inicial para empezar a contar los dos meses, se puede traer a colación la sentencia de tutela radicación No 59276 del 23 de abril de 2020 en la que concluyó:

"se evidenciaría que empresa demandante no acató el plazo establecido por el legislador para acudir al juez natural e iniciar la acción que emana del fuero sindical, sin que sea de recibo el argumento que plantea el togado, cuando indica, que en virtud de que la carta de despido tiene fecha de 13 de septiembre de 2019, desde allí es que debe contarse el término de prescripción, afirmación que no se acompasa con lo establecido por el legislador en el artículo 118 A ídem, normatividad citada a lo largo de la sentencia".

Colofón de lo expuesto, debe tenerse en cuenta que el empleador tuvo certeza del hecho que motivaba el despido con los descargos que rindió la demandada el 11 de mayo de 2021, data en la cual se agotó el procedimiento de que trata el artículo 21 de la CCT, y en ese orden, al haberse acudido a la jurisdicción el 06 de agosto de 2021, esto es, superando los dos meses de que trata el artículo 118 A del CPTSS, no queda otro camino diferente que darle la razón a la apelante, lo que conlleva a revocar la decisión de instancia, declarando probada la excepción de prescripción y en consecuencia negar las suplicas de la demanda, esto es, no autorizar el levantamiento del fuero sindical lo que conlleva a no permitir la terminación del contrato de trabajo.

Finalmente, por sustracción de materia resulta inane hacer cualquier disquisición respecto a la justa causa esgrimida en la carta de terminación del contrato de trabajo.

7. Costas en esta instancia. Costas en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO, por haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandante. Tásense.

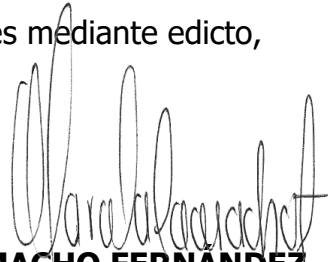
En mérito de lo expuesto, la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá,

RESUELVE

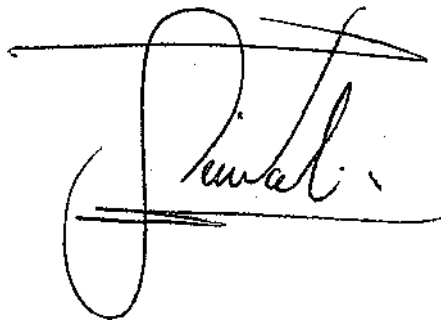
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá el 28 de septiembre de 2022, en cuanto ordenó el levantamiento del fuero sindical y concedió permiso para despedir a la demandada, para en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de prescripción, y en consecuencia, negar las pretensiones incoadas por el BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A. en contra de DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor de DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO y a cargo de la parte demandante BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.. Las de primera se revocan. Tásense.

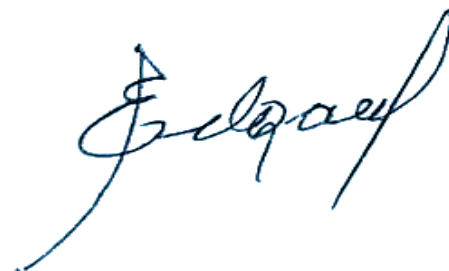
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



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 DIANA MARCELA RONCANCIO RONCANCIO y a cargo del BANCO ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A., el equivalente a UN 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: NELSON ARMANDO GALVIS MURCIA
Demandada: COLCERAMICA S.A.S
Radicado No.: 06-2017-00647-03
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DE SENTENCIA- REVOCA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Nelson Armando Galvis Murcia, instauró demanda ordinaria contra Compañía Colombiana de Cerámicas S.A.S. – Colceramica S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de noviembre de 1992 hasta 30 de septiembre de 2012 y que goza de estabilidad laboral reforzada, por tanto, tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el reintegro sin solución de continuidad, con el consecuente pago de salarios, cesantías y sus intereses, prima de servicios, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social dejados de percibir, debidamente indexado, así mismo, 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 entre las partes se celebró contrato de trabajo a término indefinido desde el 5 de noviembre de 1992 hasta 30 de septiembre de 2012, desempeñando distintos cargos y percibiendo como última asignación salarial la suma de \$1.334.640. Indicó que el 21 de agosto de 2003 sufrió un accidente de trabajo el cual fue reportado el 24 de septiembre del mismo año, además, que le fue diagnosticado bursitis subracomial hombro izquierdo, bursitis de hombro derecho, epicondilitis media bilateral, epicondilitis lateral bilateral, sinovitis, tenosinovitis bilateral, síndrome del túnel carpiano izquierdo, osteatrosis generalizada y trastorno depresivo severo.

Explicó que durante el año 2010 y hasta la fecha de finalización de la relación laboral estuvo incapacitado para ejercer la labor contratada dadas las enfermedades que padece, además, indicó que las entidades competentes iniciaron el proceso de calificación del estado de invalidez y la EPS Famisanar, el 24 de marzo de 2011 expidió recomendaciones laborales, mismas que fueron acatadas por la oficina de salud ocupacional de su empleador. Precisó que mediante comunicación de fecha 30 de septiembre de 2012 la demandada finalizó unilateralmente la relación laboral, sin contar con la autorización del inspector de trabajo, en los términos del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aunado a que después del proceso de calificación del origen de las patologías, finalmente Colpensiones mediante dictamen No. 2016191802 DD determinó una pérdida de capacidad laboral del 61.71%. (Expediente digital, PDF 2017-647 ORDINARIO, págs. 4 a 22).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descender el término de traslado la convocada a juicio se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, a excepción de la declaratoria del contrato de trabajo, aduciendo que al momento de la terminación de la relación laboral sin justa causa no se encontraba incapacitado, ni con recomendaciones vigentes, por tanto, con ninguna clase de estabilidad laboral reforzada. Refirió que con ocasión a la finalización reconoció indemnización adicional a la legal, quien después de seis años presenta la demanda, aspecto que denota su mala fe.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º y 3º, relacionados con que la existencia de la relación laboral, extremos temporales y que no fue objeto de llamado de atención o queja, ni de sanción alguna durante el vínculo de trabajo. En lo que hace a lo demás no le constó o dijo no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y compensación. (Expediente digital, PDF 2017-647 ORDINARIO, págs. 240 a 257).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de agosto del 2022, en la que el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y, en tal virtud, absolvió a la encartada de todas y cada una las pretensiones incoadas en su contra, gravando en costas al actor.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si el actor al 30 de septiembre de 2012 gozaba de estabilidad laboral reforzada. A ese propósito, lo primero que advirtió fue la falta de discrepancia en torno a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre Nelson Armando Galvis Murcia y Colceramica S.A.S., sus extremos y finalización sin justa causa.

En esa medida, y luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y Corte Constitucional, así como a las pruebas allegadas al plenario, sostuvo que para la data en que la demandada decidió dar por terminado el contrato de trabajo, no obran documentales que acrediten el estado de salud del demandante, ni que indiquen que se encontraba incapacitado o con alguna recomendación, restricción o impedimento respecto a la ejecución de sus funciones, *"pues ni los exámenes periódicos que le eran practicados por la empresa ni las historias clínicas, ni las incapacidades allegadas y visibles a folios 28 a 72 del plenario, mediante las cuales se pretende probar tal situación, dan cuenta de que él al momento de la terminación del contrato de trabajo, el demandante se encontrará incapacitado, que tuviera una mengua en su salud, que lo convirtiera en un sujeto especial protección."*

Refirió que, aunque se encontraba en conflicto la determinación del origen de las patologías sufridas por el actor, finalmente la Junta Nacional de Calificación resolvió la controversia en el sentido de indicar que es común, sin que determinará el porcentaje de pérdida de capacidad laboral ni una fecha de estructuración, y si bien con posterioridad existen otros actos calificativos, estos surgieron con posterioridad a la fecha de terminación del vínculo laboral, luego no podría establecer la presunta vulneración de salud del demandante.

Coligió que a la fecha de terminación del contrato de trabajo el promotor del litigio no presentaba ningún tipo de diagnóstico significativo que lo ubicara como sujeto de especial protección constitucional y que, por tanto, requiriera de la autorización del Ministerio de Trabajo previo a dar por terminada la relación laboral. Agregó a lo anterior que aunque aquel nexo culminó sin justa causa por parte del empleador, el actor recibió una suma de \$42.720.551, situación de la que colegía no solo que la ruptura no fue discriminatoria ni con ocasión del estado de salud, sino, además, del porqué no debía pedir autorización ante el Ministerio de Trabajo, para el despido, ya que en los casos *"donde existe el pago de*

una liquidación por terminación del contrato de trabajo e incluso una bonificación por retiro”, no se entiende que fue a raíz de una causa subjetiva.

Dijo que el literal “b” del artículo 61 del C.S.T. autoriza la terminación del contrato de trabajo por mutuo consentimiento, entre eso, por medio de una transacción, situación que ocurrió en el presente asunto, pues los testigos señalaron que la ruptura fue dada a cambio de una bonificación por retiro o a título de transacción, además que, al momento del pago de la liquidación de prestaciones sociales, en el que se incluyó el monto liquidado por la bonificación, el actor guardó silencio. En esa medida, esbozó que como el vínculo laboral finalizó por una oferta realizada por el empleador, está produjo los mismos efectos de cosa juzgada, más aún cuando el actor no demostró fuerza, error o dolo en su aceptación. Concluyó que no se dan las condiciones de procedencia del reintegro solicitado, lo que imponía absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 08Parte3Audiencia22Agosto2022Art80).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **demandante** formuló recurso de apelación argumentando que en el proceso existe prueba de que se encuentra enfermo, pues así da cuenta su historial ocupacional. Indicó que al momento del despido se encontraba en proceso de calificación en los términos del artículo 41 de la Ley 100 de 1993, cuyo dictamen que fue proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, en este se mencionó que la pérdida de capacidad laboral y fecha de estructuración se determinaría una vez se encuentren finalizados los tratamientos y rehabilitación, de allí que le resultaba imposible para el trabajador demostrarlo al momento del despido.

Explicó que de conformidad con el parágrafo del artículo 62 del C.S.T., la parte que da por terminada la relación laboral debe expresar los motivos para tomar esa decisión, luego con la documental arrimada por ambas partes, se logra colegir que la decisión provino de forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Reiteró que se ha sostenido tanto de la Corte Constitucional (SU 049 del 2017), como de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL 1360 de 2018), que si el empleador no acredita una justa causa legal se presume que el despido fue discriminatorio, luego al considerarse que el finiquito no se dio por mutuo acuerdo, en tanto que en nada demuestra el acta de liquidación de prestaciones sociales, además, los testimonios son insuficientes para desvirtuar la carta de despido, hay lugar al reintegro petitionado.

5. Alegatos de conclusión. La **demandada** alegó en su favor aduciendo que para la fecha de terminación del vínculo laboral, el demandante no cumplía con los presupuestos delimitados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, toda vez que no contaba con una pérdida de capacidad laboral del 15% o superior, aunado a que no existían incapacidades o recomendaciones médicas vigentes que imposibilitaran su desvinculación, ya que, por el contrario, venía ejerciendo su labor en condiciones ordinarias, por lo cual no hay lugar a reconocer la estabilidad laboral reforzada pretendida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato

se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?; en caso positivo, ¿Tiene derecho al reintegro a su lugar de trabajo, con el consecuente pago de salarios y demás acreencias laborales solicitadas en el escrito introductor?

3. Relación laboral. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, tampoco la labor de controlador de procesos de revisión y empaque que desempeñó al momento de terminación del laborío, ni su modalidad o duración; hechos que no fueron recurridos por las partes, se aceptaron en la contestación de la demanda y además, se pueden corroborar con el contrato de trabajo, certificación laboral, carta de terminación sin justa causa y liquidación final de prestaciones sociales. (Expediente digital, PDF (Expediente digital, PDF 2017-647 ORDINARIO).

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Colceramica S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar, en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, si bien es cierto que para la fecha de terminación del vínculo laboral que ataba a las partes se encontraba vigente el Decreto 2463 de 2001, mismo que en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, lo cierto es que en criterio de esta Sala, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad.

En efecto, para establecer si la limitación en la salud del trabajador es o ha sido la causa del finiquito del vínculo laboral, debe acudirse a la interpretación definida por la Corte Constitucional en sentencia SU-049 de 2017 (M. P. María Victoria Calle), en la cual se determinó que una vez las personas contraen una enfermedad o presentan, por cualquier causa (accidente de trabajo o enfermedad común o laboral) **una afectación médica de sus funciones que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares**, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijo algunas reglas, aunque no taxativas, que permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido ¹ . (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral ² . (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico ³ . (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas

¹ T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.

² T-589 de 2017.

³ T-284 de 2019.

	anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido ⁴ .
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental ⁵ . (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad ⁶ . (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL ⁷ .
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0% ⁸ . (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto ⁹ .

Así mismo, la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

- "1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.*
- 2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.*
- 3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.*
- 4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.*
- 5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.*
- 6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.*
- 7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador"¹⁰.*

Adicionalmente, debe decirse que en sentencia T-041 del 2019, estableció que la estabilidad laboral reforzada representa para el empleador que conoce del estado de salud

⁴ T-118 de 2019.
⁵ T-372 de 2012.
⁶ T-494 de 2018.
⁷ T-041 de 2019.
⁸ T-116 de 2013.
⁹ T-703 de 2016.
¹⁰ T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

del empleado un deber que se concreta en su reubicación atribuyéndole otras labores. Si en lugar de reasignarle funciones lo despide, se presume que la desvinculación se fundó en la condición del trabajador, y como consecuencia, dicha determinación se torna ineficaz.

No obstante, señaló en ambas providencias que el trabajador **en condición** de discapacidad o que tiene limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales que le impiden o dificultan sustancialmente el desarrollo de sus funciones **puede ser despedido cuando incurre en una causal objetiva para la terminación del contrato**; pues de no existir dicha causal el empleador tiene el deber ineludible de contar con la autorización previa del Inspector del trabajo para dar por culminado el vínculo laboral.

Concluye la Corte que cuando el despido se hace sin previa autorización del inspector del trabajo, la jurisprudencia constitucional ha aplicado *"la presunción de desvinculación laboral discriminatoria"*, entendiéndose que la ruptura del vínculo laboral se fundó en el deterioro de salud del trabajador; evento en el cual le corresponde al empleador utilizar los medios probatorios a su alcance con el objetivo de desvirtuar dicha presunción.

Al respecto en la sentencia T-320 de 2016, se dijo que: *"en razón al estado de vulnerabilidad en que se encuentra un trabajador con alguna discapacidad física, sensorial o psíquica esta Corporación ha invertido la carga de la prueba de manera que sea el empleador quien deba demostrar que la terminación unilateral del contrato tuvo como fundamento motivos distintos a la discriminación basada en la discapacidad del trabajador."*

4.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el 30 de septiembre de 2012, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías calificadas como de origen común por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen núm. 80398050 del 22 de noviembre de 2012, denominadas "BURSITIS DEL HOMBRO, EPICONDILITIS LATERAL, EPICONDILITIS MEDIA Y OTRAS SINOVITIS Y TENOSINOVITIS" y sobre las cuales recibió tratamiento médico desde el año 2003, por diferentes especialidades, entre ellas, ortopedia, medicina laboral y reumatología, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones analgésicos, incapacidad médica, terapia física y recomendaciones generales, tal y como da cuenta el resumen de historia clínica allegada al plenario y que se sintetiza en el citado dictamen. (Expediente digital, PDF 2017-647 ORDINARIO, págs. 127 a 133).

De hecho, del citado acopio probatorio se logra extraer que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto que con posterioridad al desahucio laboral se calificó el origen de otras patologías que fueron denominadas síndrome del túnel carpiano izquierdo, bursitis subacromial hombro izquierdo y osteoartrosis generalizada, por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen 80398050 – 15044 del 12 de octubre de 2016, cuya base científica se cimentó a partir de las evidencias médicas registradas el 23 de marzo de 2012. Además, se allegó dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por Colpensiones el 30 de noviembre de 2016, con el que se demuestra que el actor cuenta con una mengua laboral del 61.71% y fecha de estructuración 17 de agosto de 2016, dado a los diagnósticos artritis reumatoide, no especificada, otros trastornos depresivos recurrentes y síndrome del túnel carpiano, cuyo sustento médico se tomó a partir de los antecedentes laborales y de la relación de exámenes médicos, entre otros, gammagrafía ósea del 22 de diciembre de 2011; EMG+NC: atrapamiento nervio mediano a su paso a través del túnel del carpo, Incipiente izquierdo del 23 de marzo de 2012, entre

otros. Por último, se incorporó al expediente la Historia Clínica Ocupacional – examen de egreso del 4 de octubre de 2012, en el que se recomendó y restringe por parte de los médicos evaluadores:



Unidad Médica Diagnóstica
ESPINOSA GÓMEZ

HISTORIA CLINICA OCUPACIONAL

48

HISTORIA CLINICA No.	80398050	Id	3163
FECHA DE CONSULTA	04-Oct-12	CIUDAD	BOGOTÁ D.C.
NOMBRE EMPRESA	CORONA	SEDE	COLCERAMICA
NOMBRE TRABAJADOR	NELSON ARMANDO	ACTIVIDAD	COMERCIAL
LUGAR NACIMIENTO	BOGOTÁ D.C.	DOCUMENTO ID.	80398050
GENERO	MASCULINO	FECHA NACL.	08-Oct-64
DIRECCION	CARRERA 9 N° 4A-35	EDAD	48 AÑOS
		ESTADO CIVIL	CASADO
		ESCOLARIDAD	SECUNDARIA
		CIUDAD	CAJICA CUNDINAMARCA
		TELEFONO	3112311643

IMPRESION DIAGNOSTICA

DIAGNOSTICOS

DIAGNOSTICO 1

DIAGNOSTICO 2

DIAGNOSTICO 3

DIAGNOSTICO 4

DIAGNOSTICO 5

CONCEPTO

LUMBAGO NO ESPECIFICADO

CERVICALGIA

BURSITIS DEL HOMBRO

SINDROME DEL TUNEL CARPIANO

OTRAS ALTERACIONES VISUALES

EXAMEN DE RETIRO : DEBE EVALUARSE POR LA EPS PARA DETERMINAR EL ORIGEN DE SU ENFERMEDAD

CLASIFICACION

ENFERMEDAD PROFESIONAL

RETRIBUCION EPS

RETRIBUCION ARP

REUBICACION LABORAL

RECOMENDACIONES :

CONTINUAR CON TRATAMIENTO Y CONTROL DE ENFERMEDADES CON MEDICOS ESPECIALISTAS TRATANTES, CONTINUAR TRATAMIENTOS INSTAURADOS, SE RECOMIENDA NO MANIPULAR CARGAS PESADAS.

RESTRICCIONES :

REALIZAR LABORES REPETITIVAS DE MIEMBROS SUPERIORES NI LABORES QUE IMPLIQUEN LEVANTAMIENTO DE OS BRAZOS POR ENCIMA DE LA HORIZONTAL DE LOS HOMBROS

FIRMA DEL MEDICO

NOMBRE DEL MEDICO

REGISTRO:

FIRMA

TRABAJADOR NELSON ARMAND GALVIS MURCIA

DOC. IDENTIDAD 80398050

Sede Principal Chapinero: Calle 64 No. 7-89 Bogotá D.C. Tel 3450900

E-mail: wespini@hotmail.com

PAG. 6

Así las cosas, los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afectación en su estado de salud, situación que le impedía o dificultaba ejecutar la labor en condiciones regulares o habituales para su oficio, pues no de otra forma se entiende que para dicho momento se encontrara en tratamiento médico dada las patologías que se catalogaron de origen común, por las cuales se hallaba en proceso de rehabilitación y de calificación una vez se alcanzará la mejoría médica máxima; intelección ésta que no puede ser desestimada o echada de menos porque el actor al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de controlador de procesos de revisión y empaque, como erradamente lo coligió la Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

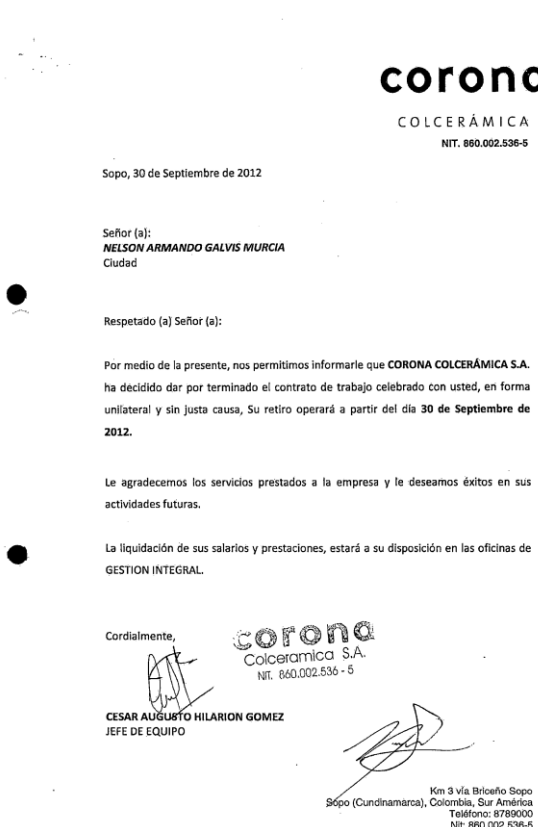
Todo lo anterior permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por el actor le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la terminación del contrato laboral en efecto se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud y en proceso de calificación

del origen de las patologías síndrome del túnel carpiano izquierdo, bursitis subacromial hombro izquierdo y osteoartrosis generalizada, lo cual desencadenó a que con posterioridad se determinará una pérdida de capacidad laboral del 61.71% y si bien tal porcentaje fue definido con posterioridad al desahucio laboral, las evidencias médicas que llevaron al calificador a fijar tal mengua provinieron del historial médico registrado con anterioridad al 30 de septiembre de 2012, por lo que es claro que presentaba dificultad al ejecutar su labor; (iii) circunstancia esta que también se corrobora con el Historia Clínica Ocupacional – examen de egreso del 4 de octubre de 2012; (iii) cuyo examen, así como el historial clínico del actor era de conocimiento de la demandada, aspecto que cumple precisar no fue un hecho desconocido por esta en la contestación de la demanda; (iii) por manera que el problema de salud por parte del trabajador determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo; (iv) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que como ya se advirtió en líneas precedentes, lo fue sin justa causa.

De lo hasta aquí analizado, es posible deducir que las labores otrora desempeñadas por el demandante sí se vieron afectadas por su patología y, en esa medida se encuentra razón a la censura cuando asegura que dichas evidencias no fueron apreciadas por la sentenciadora de primer grado, mismas que daban cuenta de la real afectación en su salud, que le dificultaba ejecutar la labor de manera normal o regular, de ahí que se evidencie un claro error en su intelección al no estimar que aquel se encontraba amparado bajo la prerrogativa constitucional y legal de la estabilidad laboral reforzada por fuero de salud.

Esto último, en tanto que no existe circunstancia alguna que permita justificar que la terminación del contrato no se produjo con ocasión al estado de salud del actor, pues Colceramica S.A.S. no logró desvirtuar la presunción del despido discriminatorio, dado que el finiquito se dio sin justa causa y así se debe entender de la carta que el empleador remitió al trabajador, según la cual:



Verificada la carta de terminación que el empleador puso de presente al trabajador, de la misma no puede, entonces, desprenderse que la finalización del laborío tuvo como soporte en una razón objetiva, pues es claro que la determinación que aquel tomó provino de una decisión unilateral que se justificó en el artículo 64 del C.S.T., precisando que si bien en la liquidación final de prestaciones sociales se anotó que el motivo del retiro correspondió a un mutuo acuerdo, registrándose en ella que la encartada canceló por motivo de bonificación por retiro y bonificación (calculada) por retiro las sumas de \$4.257.447 y \$42.720.551, tal legajo en nada descarta la decisión unilateral y sin justa causa que tomó, máxime cuando estas sumas constituyen el reconocimiento de la indemnización correspondiente, situación de la cual no sobra advertir fue aceptado por la pasiva desde la contestación de la demanda.

Entonces, es claro que la falladora de primer grado incurrió en un error al no apreciar la carta contentiva de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo celebrado entre las partes, acotando, que la prueba testimonial no acredita, con la suficiencia requerida, que su decisión estuvo basada en una razón legal, como lo fue un mutuo acuerdo.

Se arriba a esta conclusión, luego de escuchar el testimonio del señor Christian Javier Díaz Palencia (gerente técnico), pues si bien esta afirma que el promotor de la litis trabajó hasta el 30 de septiembre de 2012, cuyo dejación tuvo como motivo *"a raíz de una solicitud que él nos hizo que estaba interesado en que analizáramos su caso, ya que él nos decía que quería de pronto negociar y llegar a un mutuo acuerdo (...) para que fuera desvinculado"*, lo cierto es que de su propio se desprende que no tuvo conocimiento directo de tal hecho, sino a través de un tercero quien le narró tal circunstancia, a más dijo que dicha solicitud fue realizada dos meses atrás al finiquito, la cual analizada con posterioridad por la empresa, esta tomó junto con el actor la decisión de finalizar la relación laboral que sostenía de común acuerdo, cancelando la indemnización por despido sin justa y adicional una bonificación correspondiente a su liquidación.

La misma suerte corre el testimonio del señor Nelson Orlando Moreno, pues, aunque informó que conoció que la terminación del contrato de trabajo se produjo de un mutuo acuerdo, ello lo vino a saber de la lectura que hizo sobre la liquidación final de prestaciones sociales del actor, además, resulta contradictorio, que pese a esa manifestación que en tal sentido hizo, haya señalado con posterioridad en la misma diligencia que la decisión de finalización provino del actor, cuyo conocimiento lo obtuvo por un tercero, acordando con él, la cancelación de la indemnización por despido sin justa causa y una bonificación equivalente al 10% de esa liquidación.

Así las cosas, si bien los testigos refirieron que la decisión de terminación del laborío provino de un mutuo acuerdo entre las partes, lo que le constaba porque así se lo había señalado un tercero o dado a que así se registró en la liquidación final de prestaciones sociales del trabajador, tales aseveraciones resultan ser poco creíbles no sólo porque indirectamente tuvieron conocimiento del hecho, sino, además, en tanto que resultan del todo contradictorias con la carta de desahucio en la que se anotó que el finiquito provino de un decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador.

Ahora, sí la Sala pasará por alto ese aspecto y diera por sentado que el contrato terminó por mutuo acuerdo entre las partes, esto es bajo una causal legal, la conclusión no sería distinta, pues, como se dijo en líneas precedentes, el actor contaba con una especial protección constitucional debido a su condición de salud, conocida durante el decurso laboral por el empleador, por lo que la estabilidad laboral reforzada adquiere la connotación de ser un derecho cierto, indiscutible e irrenunciable, no susceptible de ser transado por las partes, conforme lo estipula el artículo 15 del C.S.T. y se precisó por

nuestro máximo órgano de justicia ordinaria, entre otras, en la sentencia SL2503 de 2017. Por manera que, aunque la terminación del contrato surja como consecuencia de las expresión de la voluntad de las partes, la misma no podía surtir efectos, como pretende la demandada, pues ni siquiera el trabajador a través de una expresión de voluntad libre, podría renunciar a las garantías mínimas a las que tiene derecho, ya que estas revisten tal envergadura que no podían ser objeto de acuerdo o transacción, máxime cuando tampoco se demostró que al momento de su suscripción hubieran desaparecido las circunstancias generadoras de la estabilidad al trabajador.

Es preciso indicar que sentencia C-531 de 2000, declaró condicionalmente exequible un aparte del artículo 26 de la ley 361 de 1996, bajo el entendido que el despido o la **terminación del contrato** de trabajo por razón de la limitación del trabajador "*no produce efectos jurídicos y sólo es eficaz en la medida en que se obtenga la respectiva autorización*". Al respecto, se debe hacer notar que el artículo 26 de la ley 361 de 1997 no solo indica que se requiere del permiso del Ministerio del Trabajo en los casos de despido de trabajador, sino que es también obligación del empleador contar con su autorización cuando se pretenda terminar el vínculo laboral del trabajador sujeto de protección por la aludida causa. Tenemos que por expreso mandato Constitucional y legal era deber del empleador solicitar y obtener por parte de la oficina de trabajo hoy Ministerio de Trabajo, permiso para terminar el contrato de trabajo de la promotora de la litis, situación que en el caso de autos no se evidencia, pues, no obra dentro del plenario constancia de trámite ante la entidad administrativa.

Así las cosas, aun cuando se aceptará que la terminación del contrato de trabajo se dio por mutuo acuerdo entre las partes, tal transacción no puede tornarse eficaz por vulneración al artículo 15 del C.S.T., pues versó sobre derechos ciertos, indiscutibles e irrenunciables del demandante, máxime cuando tampoco medio autorización por parte del Ministerio de Trabajo.

Conforme a lo expuesto, corresponde entonces revocar la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente reintegro del trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud.

En esa medida, se sigue condenar a la demandada al pago de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral dejados de percibir desde su vinculación y hasta el momento en que se produzca su reintegro, Así mismo, se ordenará el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, la cual, seguidamente se liquidará y previo al estudio de la excepción de prescripción que propuso la encartada.

5. Excepción de prescripción. El artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama la demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 30 de septiembre de 2012 y como quiera que el actor elevó reclamación el 29 de septiembre de 2015 y la demanda fue interpuesta el 29 de septiembre de 2017, conforme da cuenta acta de reparto, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

6. Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997). En relación con el pago de la indemnización de 180 días de remuneración salarial, debe señalarse que esta procede por el solo hecho de habersele terminado la relación laboral a una persona en situación de debilidad manifiesta, sin que para ello importe que con posterioridad se declare la ineficacia de la ruptura del vínculo contractual, máxime que cuando el canon 26 dispone su pago “sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren”.

En ese sentido, basta con traer colación el criterio que la Corte Constitucional ha unificado en materia de la indemnización equivalente a 180 días de salario:

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes." (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$8.007.840**, teniendo como salario el definido en la liquidación de prestaciones sociales que realizó el empleador, esto es, **\$1.334.640**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2012	\$ 1.334.640	180	\$ 8.007.840
Total			\$ 8.007.840

7. Indexación. Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, esto es, teniendo como IPC inicial el 1 de noviembre de 2012 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

8. Excepción de compensación. En el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la trabajadora durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de realizar y de las vacaciones, lo que impone a su vez a la actora la devolución de las sumas que recibió al momento del finiquito (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas al señor **NELSON ARMANDO GALVIS MURCIA** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

9. Costas. En ambas instancias a cargo de Compañía Colombiana de Cerámicas S.A.S. – Colceramica S.A.S. y a favor del demandante.

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 22 de agosto del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C., para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral, por lo que debe proceder a reintegrar al trabajador al mismo cargo que desempeñaba al momento de la desvinculación o uno de igual o superior categoría acorde a su estado actual de salud, conforme a lo considerado.

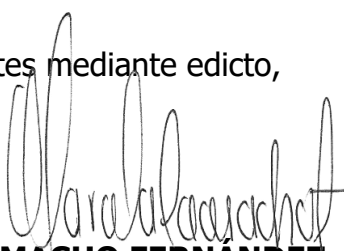
SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CERÁMICAS S.A.S. – COLCERAMICA S.A.S.** al reintegro de **NELSON ARMANDO GALVIS MURCIA**, sin solución de continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre el 30 de septiembre de 2012 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **COMPAÑÍA COLOMBIANA DE CERÁMICAS S.A.S. – COLCERAMICA S.A.S.** a pagar a **NELSON ARMANDO GALVIS MURCIA** la suma de **\$8.007.840** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, que deberá cancelar debidamente **indexada**.

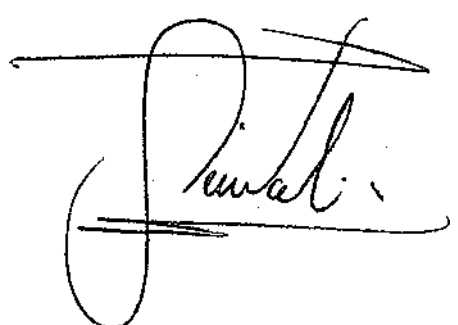
CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada y, por ende, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$50.127.657** pagado al demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: CONDENAR en costas en costas en ambas instancias. Las de primera tásense por la A quo.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado
(Aclara voto)

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

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **NELSON ARMANDO GALVIS MURCIA** y a cargo de la demandada en la suma de \$8.000.000.



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: ANGELINE DEL PILAR HENAO BOHÓRQUEZ
Demandada: AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 28-2018-00117-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA – REVOCA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Angeline Del Pilar Henao Bohórquez instauró demanda ordinaria contra Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., con el propósito de que se ordene el reconocimiento y pago de la pensión en calidad de cónyuge supérstite de Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, debidamente indexada, junto con las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas contrajo matrimonio religioso el 26 de junio de 1991, procreando producto de esa unión 2 hijos que ahora son mayores de edad. Sostuvo que su hija Lizeth Fernanda Gutiérrez Henao como el hijo extramatrimonial del causante perciben cada uno el 25% de la sustitución pensional. Refirió que el causante falleció el 25 de diciembre de 2015, razón por la cual solicitó el reconocimiento pensional, sin embargo, le fue negado por la pasiva, por considerar que existe controversia con la señora Jurley Katherine Piñeros García, quien también reclama el derecho respecto del tiempo de convivencia con el afiliado. (Expediente digital, PDF 01Proceso, págs. 4 a 7)

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. no se opuso tampoco se allanó a las pretensiones formuladas, indicando que se vio obligada a reservar el 50% de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento de Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, en la medida en que además de la actora se presentó a reclamar, en calidad de compañera permanente, la señora Jurley Katherine Piñeros García, surgiendo un conflicto de beneficiarias, el cual debe ser resuelto por la justicia ordinaria.

Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 2º, 3º a 5º y 8º a 10º, relacionados con que reconoció el 50% de la pensión de sobrevivientes a Juan Camilo Gutiérrez Martínez y Lizeth Fernanda Gutiérrez Henao, hijos del causante, quien falleció el 25 de diciembre de 2015; además, la reclamación y negativa en el reconocimiento pensional. Respecto de los demás los negó o no le constó. Formuló la excepción previa de falta de integración del contradictorio necesario y como de fondo que denominó falta de causa para pedir, buena fe, compensación, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF

3. Demanda de reconvención. En auto del 5 de febrero de 2019, se dispuso la integración como tercera ad excludendum a la señora Jurley Katherine Piñeros García y en tal carácter, la vinculada solicitó a través de Curador Ad Litem que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente en calidad de compañera permanente de Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas y, en consecuencia, se disponga a su favor el pago de la prestación económica, junto con los intereses moratorios, indexación, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y, costas del proceso. Para ello informó que sostuvo una relación sentimental con el causante Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, relación de la que nació un hijo y producto de su fallecimiento, solicitó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. (Expediente digital, PDF 01Proceso, págs. 116 a 120)

4. Contestación demanda de reconvención

4.1. Demandante. En respuesta a la demanda de reconvención no se opuso tampoco se allanó a las pretensiones de esta, ateniéndose a lo que resulte probado dentro del proceso. Frente a los hechos, no le constó los mismos, tampoco formuló excepciones de mérito. (Expediente digital, PDF 01Proceso, págs. 143 a 145)

4.2. AFP Porvenir S.A. Contestó la demanda de reconvención señalando que no se opone, ni se allana a la pretensión declarativa de la misma, pero se opuso a los demás pedimentos aduciendo que el motivo por el cual no ha reconocido y pagado el 50% de la pensión de sobrevivientes, es dado a que se vio obligada a dejarlo en reserva a la espera de que la justicia ordinaria dirima el conflicto de beneficiarios. Respecto de los supuestos fácticos aceptó el enlistado en el numeral 2º y propuso las excepciones de falta de causa para pedir, buena fe, compensación, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01Proceso, págs. 133 a 141)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de octubre del 2022, en la que la falladora absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones elevadas por la actora y Jurley Katherine Piñeros García, y se abstuvo de condenarlas en costas.

Para arribar a tal determinación señaló en primer lugar que debía proponerse verificar si la señora Angeline del Pilar Bohórquez, en calidad de cónyuge supérstite o Yurley Katherine Piñeros García como compañera permanente, resultan ser beneficiarias de la pensión de sobrevivientes respecto del causante Javier Armando Gutiérrez Arciniegas. A ese propósito señaló que la norma aplicable al asunto corresponde al literal "a" del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, que fue modificado por el artículo 13 de la Ley 797 del 2003, de cara a la fecha de su fallecimiento, de suerte que como el fallecido tenía la calidad de afiliado al sistema de seguridad social en pensiones, no es exigible ningún tiempo mínimo de convivencia a la cónyuge supérstite o compañera permanente, de conformidad con la sentencia SL 3323 de 2022, de tal forma siendo suficiente con que se acredite dicha condición y la conformación de un núcleo familiar con vocación de permanencia vigente para el momento del deceso.

Bajo ese horizonte, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que no existen elementos de juicio que le permitan inferir que la tercera ad excludendum o la demandante haya acreditado su calidad de beneficiaria respecto al señor Javier Armando Gutiérrez. Frente a la primera dijo que no logró probar que para la fecha del deceso del causante tuviera la calidad de compañera permanente de aquel, mientras que respecto de la cónyuge si bien no había discusión sobre el vínculo matrimonial que sostuvo con el

difunto, para la fecha de fallecimiento no acreditó la existencia de un núcleo familiar con vocación de permanencia, como lo ha decantado la jurisprudencia laboral.

Conclusión a la que arribó luego de que los testigos señalan *"simples apreciaciones que no requerían tener una cercanía directa con la demandante y el causante, como por ejemplo que éstos habían procreado hijos, el señor Javier, por cuestiones de su trabajo debía ausentarse por largos períodos, aunque incluso éste era quien proveía lo necesario para el sostenimiento de la señora Henao y sus hijos en común"*; tampoco *"pudieron dar razón o coincidir, por ejemplo, en el último lugar donde vivía la pareja, si era en Bogotá o en la ciudad de Bucaramanga. Ante la confusión que por cierto no pudo ser aclarada por la parte actora, en el sentido que si la pareja tenía su domicilio y/o residencia en Bogotá."*

Bajo ese entendimiento, adujo que a pesar de que no se requería acreditar un mínimo de tiempo de convivencia anterior al deceso, no observó que entre el causante y alguna de las demandantes se haya construido una comunidad de vida estable y duradera, por lo menos para el momento del fallecimiento del señor Javier Gutiérrez, en concordancia con lo establecido por las reglas de la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia, circunstancia que le imponía absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (Expediente digital, audio 12AudioAudiencia).

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la señora **Angeline Del Pilar Henao Bohórquez** formuló recurso de apelación argumentando que no comparte los argumentos esbozados por la A quo en cuanto que los testigos no demostraron que no existió comunidad de vida con vocación de permanencia entre la pareja, en tanto que contrario a ello, los deponentes en forma reiterada manifestaron que, en razón al trabajo y profesión del causante, éste viajaba constantemente; que visitaron a la pareja en la ciudad de Bogotá, barrio Modelia, además, aseguraron que como padre estuvo siempre pendiente de sus hijos y de su esposa.

Arguyó que la falladora de primer grado desconoció el vínculo matrimonial que existió entre la pareja, el cual se evidencia con el acta de matrimonio, sin que se hayan divorciado o haya habido separación de hecho, a más de que en su condición de cónyuge le fue entregado el cadáver y fue enterrado en la ciudad de Bucaramanga en tanto que sus familiares lo decidieron así. Así las cosas, pidió que se revoque la sentencia de primer grado por cuanto demostró convivencia, permanente e ininterrumpida con el señor Javier Hernando Gutiérrez hasta el día de su muerte, en los términos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003.

7. Alegatos de conclusión

7.1. Angeline Del Pilar Henao Bohórquez. Alegó en su favor aduciendo que la A quo no valoró en debida forma la prueba testimonial allegada al proceso, ni tampoco fueron analizadas en su conjunto con las pruebas documentales, con las cuales se demuestra la convivencia real, efectiva, permanente y comunidad de vida entre la pareja de esposos y sus hijos, vigente al momento del deceso del afiliado.

7.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones solicitó que se confirme la sentencia de primer grado, por encontrarse debidamente ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Angeline Del Pilar Henao Bohórquez 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 favor de Jurley Katherine Piñeros García, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del mismo estatuto procesal.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿A Angeline Del Pilar Henao Bohórquez, en calidad de cónyuge supérstite y a Jurley Katherine Piñeros García, como compañera permanente, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes por la muerte del señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, acaecida el 25 de diciembre de 2015?; (ii) En caso afirmativo, establecer ¿Cuál es el porcentaje de la cuota parte que corresponde a cada una de las beneficiarias en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 08717587, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 25 de diciembre de 2015. (Expediente digital, PDF 01Proceso, pág. 25)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 25 de diciembre de 2015. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Densidad de semanas. No se discute que Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas cotizó 50 semanas en los tres años inmediatamente anteriores al óbito, en los términos del numeral 2° del artículo 48 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003.

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1° del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. Ahora bien, no admitiendo discusión que el afiliado falleció el 25 de diciembre de 2015, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Tiempo de convivencia. Sobre este punto, es preciso connotar por la Sala que si bien la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL1730-2020 que había sido aplicada por esta Sala de Decisión, rectificó el criterio de exigir el requisito de convivencia a la cónyuge o compañera permanente cuando el causante correspondiere a un afiliado fallecido, en el sentido exigirles únicamente la acreditación de tal condición a la fecha del deceso, lo cierto es que en sentencia SU 149 de 2021 la Corte Constitucional dejó sin efectos tal

decisión y le ordenó a la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia emitir una nueva sentencia "(...) *en la cual observe el precedente adoptado por la Corte Constitucional, en el sentido de que, en los términos del artículo 47, literal a) de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, la convivencia mínima requerida para ostentar la calidad de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, tanto para el cónyuge como para el compañero o la compañera permanente, es de cinco (5) años, independientemente de si el causante de la prestación es un afiliado o un pensionado*", de lo cual resulta diáfano que sobre el punto, el único criterio vigente se corresponde con la exigencia del requisito de convivencia, tratándose de pensionado, ora del afiliado fallecido.

De esta manera, la Sala respeta el precedente, que es lo que análogamente se ha llamado jurisprudencia en vigor, doctrina constitucional vigente, jurisprudencia constitucional o línea jurisprudencial consolidada, aplicando a casos similares una única regla que ha sido establecida finalmente por la Corte Constitucional en sentencia de unificación y ha sido reiterada por dicha corporación desde aquel entonces de manera uniforme.

Respecto a este tema la máxima corporación de justicia Constitucional, en sentencia SU 047 de 1999, señaló que el respeto al precedente se encuentra íntimamente ligado a una exigencia que pesa sobre toda actuación judicial, para que pueda ser calificada de verdaderamente jurídica y racional y por tanto, los jueces deben fundamentar sus decisiones, no en criterios ad- hoc, caprichosos y coyunturales, sino con base en un principio o regla universal que han aceptado en casos anteriores, o que estarían dispuestos a aplicar en casos semejantes en el futuro.

Adicionalmente, se torna indispensable recordar que las Altas Cortes han señalado que la idea fundamental del constituyente y del legislador, al estatuir la figura de la prestación pensional por muerte, fue amparar a aquellas personas que compartiendo lazos de cariño, respeto y apego con el causante derivados de una convivencia y, que en razón a su deceso, se vieran afectadas económica, emocional y espiritualmente, pudieran sobrellevar la carga material y espiritual con apoyo del auxilio o rubro constituido por el causante, bien como pensionado o afiliado, velando de dicha manera por el bienestar de las personas desamparadas a causa de un hecho ajeno a su voluntad, como lo es la muerte.

Conforme a lo atrás esbozado, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la cónyuge o compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

9. Derecho reclamado por la señora Angeline Del Pilar Henao Bohórquez

9.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que nació el 27 de octubre de 1967, según da fe la copia de su cédula de ciudadanía (Expediente digital, PDF 01Proceso, pág. 15), luego para la muerte del señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas contaba con 48 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

9.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual en efecto se encuentra demostrado en el caso analizado, en tanto la señora Angeline Del Pilar Henao Bohórquez contrajo matrimonio con el señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas el 29 de junio de 1991 (Expediente digital, PDF 01Proceso, pág. 9), sin que aparezca anotación que describa modificaciones al estado civil registrado.

9.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a revisar el cartulario encontrando declaraciones extraprocesal de María Esperanza Rojas de Acevedo, Rebeca Esther Moreno de Bohórquez y Dora Isabel Ospina de Alonso, quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron a la pareja conformada por el fallecido y Angeline Del Pilar Henao Bohórquez desde hace 24, 45 y 48 años respectivamente, asegurando que contrajeron matrimonio el 29 de junio de 1991 y convivieron de manera permanente e ininterrumpida, compartiendo el mismo techo, lecho y mesa, hasta el día del fallecimiento ocurrido el 25 de diciembre de 2015. La primera de las citadas además declaró que, por la actividad laboral del causante, éste viajaba y trabajaba en diferentes lugares del país.

Adicionalmente, se allegó declaración extraprocesal de la accionante, quien declaró que estuvo desde el 29 de junio de 1991 con Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, quien falleció el 25 de diciembre de 2015, viviendo bajo el mismo techo de forma permanente e ininterrumpida donde compartieron mesa, techo y lecho durante 25 años. Así mismo, se escuchó en interrogatorio de parte, quien adujo que no conoció de la relación sentimental que su cónyuge mantuvo con la señora Yurley Katherine Piñeros, sino hasta que aquella se dirigió a Medicina Legal a reclamar el cuerpo del occiso.

Por otro lado, se recaudó la declaración de María Esperanza Rojas de Acevedo (vecina de la familia), quien ratificó lo antes dicho, agregando que la pareja se trasladó de la ciudad de Bucaramanga a Bogotá y pese a que se fue del barrió donde residían, los visitaba y daba cuenta de que la convivencia de aquellos era buena, al punto de que el causante siempre estaba pendiente de su esposa y de sus hijos, pese a que tenía que salir de la ciudad debido a las condiciones de su trabajo.

Incorporó la demandante el testimonio de Rebeca Ester Moreno de Bohórquez quien de entrada corroboró lo ya declarado ante Notario, pero agregó que su esposo es familiar de la pareja y en razón de ello dio cuenta de que aquellos vivieron juntos en el barrio Modelia de la ciudad de Bogotá, sin que se hayan separado. Refirió que el señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, por su trabajo viajaba a distintos lugares del país, pero a pesar de ello, convivieron ininterrumpidamente, situación de la que dio cuenta en tanto visitaba a la familia cada mes o quince días.

También declaró Dora Isabel Ospina de Alonso, quien afirmó lo ya declarado y adicionalmente dio fe de la convivencia entre la señora Henao Bohórquez y el afiliado, afirmación que respalda en el hecho de conocer a la pareja desde que se casaron, narrando que inicialmente residieron en la ciudad de Bucaramanga y con posterioridad en

Bogotá. Aseguró que Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, por su trabajo viajaba con frecuencia, pero a pesar de ello siempre estuvo pendiente del hogar, situación que le constó dado a que con la pareja se reunía en festividades, sin tener conocimiento de otra relación sentimental distinta a la de Angeline Del Pilar Henao Bohórquez.

Así entonces, contrario a lo concluido por la A quo, los testigos de la promotora de la litis con contundencia dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y perduró hasta el deceso de aquél. Al unísono declararon que de cujus nunca abandonó el hogar y siempre prodigó por su manutención y sostenimiento. Versiones que resultan creíbles para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentran respaldadas por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibieron los hechos, dejando entrever que presenciaron de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja dado el vínculo de amistad, familiaridad y vecindad, señalando conjuntamente la inexistencia de otra relación sentimental diferente a la de Angeline Del Pilar Henao Bohórquez y el causante.

Además, llama la atención de la Sala la consonancia de sus versiones con el resultado de la investigación final que realizó la AFP Porvenir S.A. En efecto, allí se logró "*establecer que el Sr. Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas contrató matrimonio con la Sra. Angeline del Pilar Henao Bohórquez el día 29 de junio de 1991, vínculo que permaneció vigente hasta la fecha del deceso del afiliado y del cual no operó divorcio, cesación de efecto civiles de matrimonio ni liquidación de sociedad conyugal*".

Luego sin mayor esfuerzo se colige de sus respuestas que se estaba en presencia de una relación sentimental con vocación de permanencia, sin que se redujera a la sola circunstancia de unos encuentros temporales y discontinuos, como erróneamente lo dedujo la cognoscente de primer grado, pues al unísono declararon que nunca abandonó el hogar y con la contundencia requerida dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones que se consolidó a partir del vínculo matrimonial y perduró hasta el deceso de aquél.

En este punto, debe anotarse que respecto a los alcances del concepto de convivencia o vida marital, como presupuesto esencial para determinar el derecho a la pensión de sobrevivientes, Jurisprudencia de la Sala de casación laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, también ha puntualizado que ésta no desaparece por el solo hecho de que los cónyuges o compañeros permanentes no puedan vivir bajo el mismo techo por circunstancias particulares originadas en motivos de trabajo, salud o fuerza mayor, siempre que ese distanciamiento no implique la pérdida de la comunidad de vida o lo que es lo mismo, el afecto, auxilio mutuo, apoyo económico y acompañamiento espiritual que le son inherentes a la vida en pareja o marital. (sentencia rad. 31921 del 22 julio de 2008)

Criterio jurisprudencial que resulta oportuno traer a colación, en tanto que las pruebas relacionadas son coincidentes en que la pareja cohabitó bajo el mismo techo y sin interrupción alguna, pues a pesar de que por razones laborales obligaron al causante ausentarse de su hogar, la relación afectiva con vocación de permanencia nunca cesó, ni se interrumpió.

Forzoso es concluir entonces, que la señora Angeline Del Pilar Henao Bohórquez allegó prueba idónea que demostró convivencia que aduce tuvo con el causante durante los últimos cinco (5) años de vida de éste y que exige el art. 47 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Siendo claro lo anterior, para la Sala el período de convivencia entre el pensionado fallecido y la demandante que debe tenerse en cuenta para la pensión de sobrevivientes es el comprendido entre el 29 de junio de 1991 al 25 de diciembre de 2015.

Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará respecto del derecho que le asiste a la interviniente ad excludendum, señora Jurley Katherine Piñeros García.

10. Derecho reclamado por Jurley Katherine Piñeros García

10.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que no se controvierte por las partes que para la muerte del señor Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, la señora Jurley Katherine Piñeros García tenía más de 30 años.

10.2. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que contrario a lo expuesto por la cognoscente de primer grado, en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

10.3. Prueba de la convivencia de compañera permanente. En relación con este aspecto, debe empezar la Sala por analizar el acopio probatorio en ánimo de establecer si la señora Jurley Katherine Piñeros García, quien aduce la calidad de compañera permanente, acreditó convivencia con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su muerte. Frente a este puntual aspecto, de entrada advierte la Sala que la tercera ad excludendum no allegó medio de convicción alguno tendiente a demostrar que tuvo relación sentimental con vocación de permanencia con el óbito por lo menos durante el tiempo exigido, acotando que si se atiende a las pruebas que allegó el fondo de pensiones demandado, no se encuentra evidenciada, dado al reconocimiento que efectuó en la diligencia de investigación que llevó a cabo la demandada, misma en la que se registró lo siguiente:

Mediante Constancia de inspección de cadáver del afiliado (ver documento anexo) se logra validar que en dicha diligencia se presentó la Sra. Jurley Katherine Piñeros García en calidad de compañera permanente del afiliado quien a su vez manifiesta bajo entrevista telefónica en el celular 3114504873 *"haber compartido lecho techo y mesa con el afiliado durante 03 años, desde el año 2012 hasta la fecha del deceso, unión de la cual no existieron hijos y motivo por el cual se encuentra adelantando trámite para declarar la unión marital de hecho mencionada"* Información que no fue posible soportar, de igual forma aclara *"desconocer la existencia de algún tipo de convivencia simultánea entre ella y la Sra. Angeline del Pilar Henao Bohórquez (cónyuge del afiliado)"*.

Luego surge como evidente que el vínculo sentimental perduró por espacio de 3 años, es decir, menos de los 5 años que como mínimo exige la jurisprudencia constitucional para acceder a una cuota parte de la pensión, pues debe recordarse que esta hermenéutica apunta a proteger el concepto de convivencia afectiva y real, dentro de un determinado lapso que exige la norma para acceder a la pensión de sobrevivientes.

Así las cosas, es claro que la señora Jurley Katherine Piñeros García no tiene derecho a la prestación en la forma como la reclama, ni de forma proporcional, pues surge evidente del haz probatorio traído a colación la falta de vida marital con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su muerte, presupuesto de hecho que debe cumplirse por así disponerlo el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

11. Conclusión. Demostrada la existencia del vínculo matrimonial vigente con Angeline Del Pilar Henao Bohórquez y acreditada por aquélla una convivencia exclusiva con el causante dentro de los 5 años anteriores a producirse su muerte, se sigue **REVOCAR** el numeral 2° de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, **DECLARAR** que le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, con ocasión del fallecimiento Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 25 de diciembre de 2015.

12. 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 25 de diciembre de 2015, la reclamación se presentó el 30 de enero de 2017, que fue resuelta a través de comunicado del 23 de marzo del mismo año, por lo que a partir de allí debía accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 28 de febrero de 2018, 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.

13. Condena en abstracto. Es claro para la Sala que por virtud de lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P. los jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos; no obstante, en el presente asunto se hace imposible determinar el retroactivo pensional causado a favor de la señora Angeline Del Pilar Henao Bohórquez a partir del 25 de diciembre de 2015 y hasta la fecha de esta sentencia, toda vez que no se tiene certeza si el derecho pensional reconocido a Lizeth Fernanda Gutiérrez Henao y Juan Camilo Gutiérrez Martínez aún persiste o cesó, además, sobre este fundamental aspecto no se allegó medio de prueba alguno por las partes.

En consecuencia, se condenará a la **AFP PORVENIR S.A.** a reconocer y pagar el 50% de la prestación dejada en suspenso, a partir del 25 de diciembre de 2015 y en cuantía inicial de \$4.041.995, en tanto que se trata de una pensión que debe ser distribuida con los jóvenes Lizeth Fernanda Gutiérrez Henao y Juan Camilo Gutiérrez Martínez, beneficiarios también de la prestación, circunstancia que se constata con las comunicaciones que datan del 31 de agosto de 2016, por medio de las cuales se le informó el reconocimiento pensional a su favor y en el monto atrás citado.

Cabe advertir, que el derecho de Lizeth Fernanda Gutiérrez Henao y Juan Camilo Gutiérrez Martínez, en calidad de hijos beneficiarios del causante sólo se mantendrá vigente desde la fecha en que se haga exigible la prestación económica y hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta los 25 años, siempre y cuando se acredite la situación de estudiantes durante dicho interregno. Luego en el evento en que el derecho pensional de los jóvenes se extinga o se pierda, la prestación económica reconocida a favor de Angeline Del Pilar Henao Bohórquez por esta Sala, deberá ser cancelada en un 100% a partir de la data en que ello ocurra, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994.

14. Descuentos. Se autoriza igualmente a AFP Porvenir S.A. para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por

la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 6 de marzo de 2012, Radicado 47528, M.P. Rigoberto Echeverry Bueno.

15. Indexación de las mesadas adeudadas. Se ordenará que las mesadas causas y no canceladas sean indexadas, ello ante su evidente devaluación monetaria, por lo que deberá tenerse en cuenta como IPC inicial el 26 de diciembre de 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

16. Costas. Sin costas en ambas instancias, toda vez que no existió oposición al reconocimiento de la prestación por parte de la convocada a juicio como se desprende del contenido de la contestación de la demanda, máxime cuando la prestación económica quedó en suspenso ante la controversia entre cónyuges y compañera permanente, lo que es solo definido a través del proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral 2° de la sentencia proferida el 13 de octubre del 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **DECLARAR** que la señora **ANGELINE DEL PILAR HENAO BOHÓRQUEZ** le asiste el derecho a percibir el 50% de la pensión de sobrevivientes causada por su cónyuge fallecido Javier Hernando Gutiérrez Arciniegas, la cual asciende a **\$4.041.995** a partir de 25 de diciembre de 2015, la cual debe percibir con los incrementos legales y en trece mesadas pensionales al año.

SEGUNDO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** a cancelar a la señora **ANGELINE DEL PILAR HENAO BOHÓRQUEZ** el retroactivo pensional causado y no cancelado junto con los incrementos de ley, a partir del 25 de diciembre de 2015 y hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados.

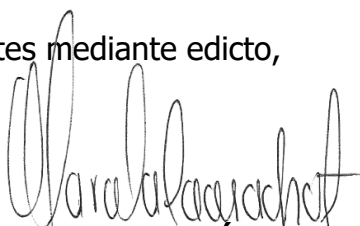
TERCERO: CONDENAR a la **AFP PORVENIR S.A.** a reconocer y pagar a favor de **ANGELINE DEL PILAR HENAO BOHÓRQUEZ**, el retroactivo pensional causado debidamente indexado, por lo que deberá tener en cuenta como IPC inicial el 26 de diciembre de 2015 y como IPC final, el que corresponda al momento de su pago.

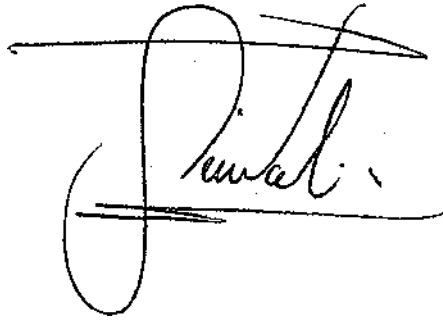
CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la pasiva.

QUINTO: En lo demás, mantener incólume la decisión por la A quo.

SEXTO: SIN COSTAS en ambas instancias.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



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: ANDRÉS AUGUSTO DÍAZ RODRÍGUEZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 27-2020-00386-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. DIEGO FERNANDO LONDOÑO CABRERA, identificada en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Andrés Augusto Díaz Rodríguez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia o nulidad del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado de los aportes realizados hacia Colpensiones; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 19 de septiembre de 1959; inició su afiliación al ISS, hoy COLPENSIONES el 13 de agosto de 1982 hasta el 31 de junio de 1996; que se trasladó el 13 de junio de 1996 a Porvenir S.A., y luego en el mes de junio de 1997 se trasladó a la AFP Protección S.A.; que se incumplió por parte de Porvenir S.A. con el suministro de la información completa, integral, veraz y transparente sobre las consecuencias del traslado; que su mesada pensional en el RAIS sería de \$ 2.942.871 y en el RPM de \$4.037.217; que radicó derecho de petición ante Colpensiones el día 5 de octubre del 2020 solicitando el traslado de sus aportes, pero esta fue negada.

(Expediente electrónico. PDF 01Demanda.pdf, págs. 1 a 12)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 10ConstanciaNotificacionAgencia); 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), ya que la afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, además que el demandante está en la prohibición del artículo 2° de la ley 797 del 2003; que en ninguna documental se aprecian observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. En su defensa propuso las

excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 y la genérica (Expediente electrónico, PDF 09ContestacionColpensiones, págs. 1 a 36)

3.2. AFP Porvenir S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandante esbozando que la afiliación fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación; que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la nulidad o ineficacia, de igual forma no se acredita la existencia de erros fuerza o dolo; que la vinculación se hizo conforme a la normativa vigente de esa época; que a la actora se le garantizó el derecho de retracto. Formuló como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo debido por ausencia de la causa e inexistencia de la obligación y la genérica (Expediente electrónico, PDF 05ContestacionPorvenir.pdf pág. 1 a 21)

3.3. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que la manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, y se hizo en los términos del Decreto 692 de 1994 y conforme el artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993; que el demandante esté en la prohibición del artículo 2º de la ley 797 del 2003. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado y movilidad dentro del RAIS a través de diferentes AFPs convalida la voluntad de estar afiliado a dicho régimen, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguros previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionProtección.pdf pág. 1 a 21)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de octubre de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Protección S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como cómo cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, primas de seguros previsionales con sus debidos intereses, de igual forma condenó a Porvenir S.A. a devolver los gastos de administración, y seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia; condenó en costas a Protección S.A. y Porvenir S.A.

Sustento el fallo conforme a lo sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema, entre otras sentencias la de radicado 31989 del 2008, 33083 del 2011, SL 12136 del 2014, SL 19447 del 2017, SL 1452 del 2019, SL 1421 del 2019, SL 1688 del 2019, SL 4911 del 2019 y la SL 1467 del 2021; indicó que la AFP no cumplió con el deber de brindar la correcta asesoría al momento de hacer el traslado de régimen, carga de la prueba que corresponde a la demandada y no al demandante; que no obra prueba de que la administradora de pensiones haya brindado información correcta ya que la única prueba que se aporta es el formulario de afiliación y con este no se acredita el deber de

información; que no es necesario pertenecer al régimen de transición o ya tener un derecho pensional consolidado para acceder a un cambio de régimen; que los traslados horizontales no ratifica la decisión del cambio de régimen ni convalida la falta al deber de información. Finalmente, adujo que la ineficacia del traslado es imprescriptible al estar ligado al derecho pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, quien manifestó que no se demostró que el demandante haya sufrido un daño, asimismo, no se demostró la falta de información, ya que Colpensiones no cuenta con medio para probar como se dio la misma; que en el formulario de vinculación se expresa la decisión libre y voluntaria del demandante para hacer el cambio de régimen; que dentro del proceso no obra prueba alguna de que se haya hecho incurrir en error o en algún vicio del consentimiento, que el demandante en las oportunidades pertinentes para hacer uso al derecho de retracto, no lo hizo, por lo que, no es procedente alegar después de 26 años de afiliación al RAIS que fue engañado por el hecho de que sus expectativas económicas hayan sido fallidas; que es deber de la parte actora demostrar que fue engañado según el artículo 1516 del Código Civil y artículo 167 CGP; que de conformidad con las sentencias SU-062 de 2010 y C-1024 de 2004, no es procedente hacer el cambio de régimen.

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 declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS, debidamente indexado.

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 de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente la devolución de gastos de administración y demás emolumentos; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas.

6.2 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia y se condene en costas a las recurrentes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuestos 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 el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 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?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

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 el señor Andrés Augusto Díaz Rodríguez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 13 de agosto de 1982, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 09 Contestación Colpensiones 429 y 430); que posteriormente se afilió a la AFP Porvenir S.A. el 13 de junio de 1996 conforme formulario de afiliación (expediente electrónico PDF, 05ContestaciónPorvenir. Pdf pag. 25), luego hizo un traslado horizontal a Protección S.A. el día 2 de abril de 1997 (expediente electrónico 06ContestacionProteccion.pdf pag60), entidad donde se encuentra actualmente afiliado.

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 1996-, 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, 13 de junio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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. 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 Porvenir S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado

información clara, completa y comprensible 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 13 de junio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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. 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-).

9. 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).

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 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.

Ahora, como en la sentencia de primer grado si bien se hizo extensiva la condena a la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., y la misma no congloba de manera expresa la devolución de lo descontado para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, por lo que 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.

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.

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 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.

10. 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.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del 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,

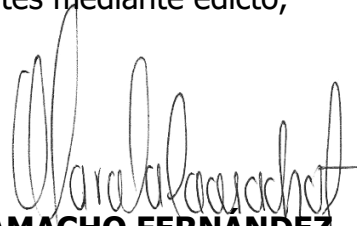
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia proferida el 20 de octubre de 2022 por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la AFP PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP), trasladen a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en los referidos numerales, 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, ordenando que dichos conceptos, se devuelvan debidamente indexados, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

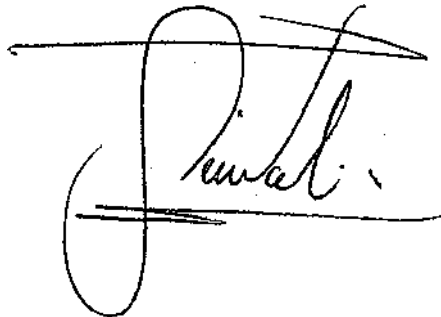
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

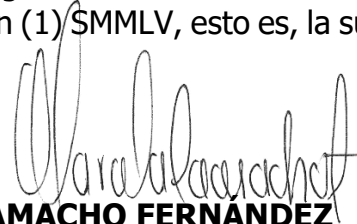


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 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: BLANCA RUBIELA GARCÍA DE ACOSTA
Demandada: COLPENSIONES
Radicado No.: 06-2018-00033-02
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA – CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Blanca Rubiela García De Acosta instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que sea condenada a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes con sus respectivas mesadas adicionales y reajustes de ley, a partir del 30 de octubre de 2014, fecha en la que se produjo el fallecimiento, de conformidad con el Acuerdo 049 de 1990, en concordancia con lo dispuesto en la Ley 100 de 1993 y 797 de 2003. Así mismo, pidió el pago de intereses moratorios, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que al señor Héctor Eduardo Trujillo Mora le fue reconocida pensión de vejez a partir del 1º de agosto de 2001, mediante Resolución núm. 346 del 1 de enero de 2001, quien falleció el 30 de agosto de 2014. Refirió que iniciaron su vida marital, en forma estable y permanente bajo un mismo techo desde el 22 de junio de 1967 y hasta la fecha de su deceso, razón por la cual y siendo beneficiaria de la pensión de sobrevivientes solicitó el reconocimiento; sin embargo, Colpensiones negó su petición. (Expediente digital, PDF. 03 Demanda (fls 04 a 09))

2. Contestación de la demanda

2.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que al igual que la accionante, la señora Luz Ángela Prado de Trujillo, en calidad de cónyuge, solicitó la pensión de sobrevivientes, por lo que procedió a realizar investigación administrativa, misma en la que estableció que entre el actor y la demandante no existió convivencia continua e ininterrumpida durante los últimos 5 años de vida del causante, también verificó que en el registro civil existía una anotación en la que se indicaba que éste había liquidado la sociedad conyugal con la señora Luz Ángela Prado de Trujillo.

Recordó que no tiene competencia para determinar a quién le corresponde el derecho objeto de la litis, por lo que le corresponde a la jurisdicción ordinaria verificar si los hechos alegados por la parte demandante son ciertos o no. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1º a 3º, 10º, 13º y 14º, relacionados con la fecha de fallecimiento del causante, a quien le fue reconocida pensión de vejez; además, la

reclamación y negativa en el reconocimiento pensional. Respecto de los demás los negó o no le constó. Formuló la excepción previa de falta de integración del litis consorcio necesario y como de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, genérica y no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (Expediente digital, PDF. 03 Demanda (fls 04 a 09))

2.2. Luz Ángela Prado de Trujillo. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T y de la S.S. celebrada el 17 de febrero de 2020, se dispuso su integración al trámite, a quien se le tuvo por no contestada la demanda. (Expediente digital, PDF. 35 AutoDispone (fls 120))

3. 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.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de octubre del 2022, en la que la falladora declaró que la señora Blanca Rubiela García de Acosta, en su calidad de compañera supérstite, tiene derecho al pago de la pensión de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento de Héctor Eduardo Trujillo Mora, en un 100% de la pensión de vejez que venía disfrutando en vida, a partir del 30 de octubre del año 2014, en cuantía de \$616.000, que deberá ser reajustada conforme a los incrementos de ley. En consecuencia, condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la actora la suma de \$88.429.992 por concepto de retroactivo pensional, liquidado entre el 30 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2022, a razón de 14 mesadas anuales, sin perjuicio de las mesadas pensionales que se sigan causando y debidamente indexado al momento del pago. Autorizó a la encartada a descontar de las mesadas pensionales los aportes con destino al sistema de seguridad social en salud y no gravó en costas a ninguna de las partes.

Para arribar a tal determinación señaló en primer lugar que debía proponerse verificar si la señora Luz Ángela Prado de Trujillo, en calidad de cónyuge supérstite o Blanca Rubiela García de Acosta como compañera permanente, resultan ser beneficiarias de la sustitución pensional con ocasión al fallecimiento del pensionado Javier Armando Gutiérrez Arciniegas. A ese propósito señaló como hecho indiscutible entre las partes que aquél contaba con una pensión de vejez que fue reconocida por el ISS mediante núm. 346 del 1 de enero de 2001, efectiva a partir del 1 de agosto del mismo año, cuya mesada pensional al momento del fallecimiento correspondía a \$616.000.

Sentado lo anterior, dijo con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia que, la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 30 de octubre de 2014.

Así, citó la preceptiva, para destacar que en caso de que la pensión de sobrevivientes se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o compañera permanente supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haber convivido con el fallecido no menos de cinco años continuos con anterioridad al deceso. Preciso que en la ley se contempla que al no existir convivencia simultánea, pero se mantiene vigente la unión conyugal a pesar de mediar separación de hecho, la compañera permanente podrá cobrar una cuota parte de lo correspondiente al literal a), en un porcentaje al tiempo convivido con el causante, siempre que haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento y la otra cuota parte le corresponderá a la

cónyuge; pero en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años antes del fallecimiento, debe hacerse una distribución entre estas en proporción al tiempo que se acredite de la respectiva convivencia.

Bajo ese horizonte, se adentra al análisis del acervo probatorio, para significar que a pesar de que el dicho de los testimonios de los señores Flor María Vargas y Pedro Arcángel Gómez no se desprenden que hayan estado en el momento del fallecimiento del causante, dado a que su deceso tuvo lugar en la ciudad de Cali, si manifestaron que el pensionado y la demandante se comportaban como pareja, quienes dieron cuenta sobre la convivencia dentro de los últimos cinco años al momento del deceso, verificando con estos una convivencia por lo menos entre el año 1967 hasta el 30 de octubre de 2014.

En relación con la señora Luz Ángela Prado de Trujillo, manifestó que no obraba medio de prueba alguno tendiente a demostrar convivencia con el causante, por el contrario, evidenció del acto administrativo que negó el reconocimiento pensional, que los cónyuges liquidaron la sociedad conyugal, luego al no haber acreditado *"ni siquiera los 5 años de convivencia, pues simplemente quedaron las manifestaciones que se hicieron en vía administrativa, como para poder verificar que en efecto se hubiera (SIC) existido todavía esa convivencia con el señor Héctor y cuál hubiera sido el lapso en el que se dio esa convivencia"*, le imponía negar la pensión de sobrevivientes a favor de la misma.

En consecuencia, señaló que debía reconocer el 100% de la sustitución pensional a la demandante, en su calidad de compañera permanente, con base en lo dispuesto en el artículo 48 de la Ley 100 de 1993, pues acreditó haber sido miembro del grupo familiar del pensionado fallecido, debiendo recibir el mismo número de mesadas que venía percibiendo el causante, en cuantía de un salario mínimo mensual vigente. En lo que hace a la excepción de prescripción adujo que ninguna de las mesadas pensionales se haya afectada por tal fenómeno prescriptivo, como quiera que se reclamó pensión el 20 de mayo del año 2015, con lo cual se interrumpió la prescripción conforme al artículo 151 del C.P.T. y de la S.S. y la demanda se interpuso el 16 de enero de 2018, esto es, dentro del término trienal del que trata la norma sustantiva laboral. (Expediente digital, audio 15Parte5Audiencia27Octubre2022Arts77y80).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que de conformidad con la investigación administrativa que realizó, logró determinar que no existió convivencia como compañeros permanentes, ni dentro de los últimos 5 años al fallecimiento del pensionado. Refirió que la prueba testimonial en nada indica sobre la convivencia permanente, a más de que fueron inconsistentes y no conocieron a detalle sobre la convivencia de la pareja. (Expediente digital, audio 15Parte5Audiencia27Octubre2022Arts77y80).

6. Alegatos de conclusión. La demanda **Colpensiones** alegó en su favor aduciendo que la demandante, no acreditó más de cinco (5) años de convivencia continuos con anterioridad a la muerte y requeridos por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues en los testimonios rendidos no se logra acreditar la convivencia de la demandante con el causante, dejando en duda sobre los extremos de la convivencia de ambos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. 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, así mismo, en beneficio de la señora Luz Ángela Prado

de Trujillo, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del mismo estatuto procesal.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿ Luz Ángela Prado de Trujillo, en calidad de cónyuge supérstite y Blanca Rubiela García de Acosta, como compañera permanente, les asiste el derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional por la muerte del señor Héctor Eduardo Trujillo Mora, acaecida el 30 de agosto de 2014?; (ii) En caso afirmativo, establecer ¿cuál es el porcentaje de la cuota parte que corresponde a cada una de las beneficiarias en calidad de cónyuge y compañera permanente, respectivamente?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Héctor Eduardo Trujillo Mora, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 08782188, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 30 de octubre de 2014. (Expediente digital, PDF. 03 Demanda (fls 04 a 09))

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 30 de octubre de 2014. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Héctor Eduardo Trujillo Mora fue pensionado por el ISS, por medio de la Resolución núm. 346 del 1 de enero de 2001, lo cual es aceptado por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo GNR 277453 de 10 de septiembre de 2015.

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes. Ahora bien, no admitiendo discusión que el afiliado falleció el 30 de octubre de 2014, forzoso es concluir que la controversia debe definirse al amparo del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que establece que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 25 de diciembre de 2015, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

8. Tiempo de convivencia. Conforme a lo anterior, se procede a revisar este aspecto, para lo cual ha de tenerse en cuenta que en los términos del inciso 4º del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 del 2003, en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una *compañera o compañero permanente*, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo. Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o

compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a) en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente.

La Corte Constitucional mediante la sentencia C 1035 del 22 de octubre del 2008, declaró condicionalmente exequible el aparte subrayado en el entendido de que además de la esposa o el esposo, serán también beneficiarios la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

Bajo ese contexto, se procede a revisar si la cónyuge o compañera permanente cumplen con las exigencias normativas para acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, de la siguiente manera:

9. Derecho reclamado por la señora Luz Ángela Prado de Trujillo

9.1. Edad. Con relación al primer requisito no existe prueba tendiente a demostrar que a la fecha de fallecimiento del causante la actora tenga 30 años o más de edad, pues sobre este aspecto ningún medio se adosó al plenario para tal efecto. Sin embargo, como las partes no controvierten tal supuesto, siendo que el debate jurídico lo conforma la acreditación de la convivencia requerida para efectos de ser beneficiar de la prestación económica, es dable para la Sala tener por sentado el cumplimiento de este presupuesto normativo.

9.2. Calidad de cónyuge supérstite. Como se anunció, para tener derecho a la pensión de sobrevivientes la cónyuge debe acreditar dicha calidad a la fecha del óbito, lo cual tampoco se halla probado en el caso analizado, pues en el informativo no reposa registro civil de matrimonio, siendo necesario para demostrar su estado civil de casados, en los términos del Decreto 1260 de 1970. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2721-2022 recordó que *"para demostrar el estado civil de las personas no se admite libertad probatoria, siendo necesaria la prueba solemne, que es el correspondiente registro civil."*

No obstante, como Colpensiones reconoce la calidad de cónyuge, en tanto no fue controvertido en juicio, resulta innecesario allegar el documento establecido por la Ley para su acreditación, máxime cuando desde la actuación administrativa se aceptó la calidad de aquellos y no se discrepó que al momento del fallecimiento no lo ostentaran. En ese sentido, se dijo en sentencia SL SL16792-2015 que *"[...] si la calidad de cónyuge fue acreditada por la actora en legal forma ante la convocada a juicio quien la aceptó, tanto administrativa como judicialmente, no es de recibo que el Tribunal para negar las pretensiones, además, se fundamentará en un aspecto que no fue objeto de controversia, pues ello contraría los principios del debido proceso y la buena fe."*

9.3. Prueba de la convivencia de la cónyuge. En relación con este aspecto, debe empezar la Sala por analizar el acopio probatorio en ánimo de establecer si la señora **Luz Ángela Prado de Trujillo**, quien aduce la calidad de cónyuge, acreditó convivencia con el causante durante 5 años en cualquier momento. Frente a este puntual aspecto, de entrada, advierte la Sala que la tercera ad excludendum no allegó medio de convicción alguno tendiente a demostrar que tuvo relación sentimental con vocación de permanencia con el señor Hector Trujillo por lo menos durante el tiempo legalmente exigido.

En ese sentido, no se equivocó la falladora de primer grado al inferir que la cónyuge supérstite no demostró en el presente asunto comunidad de vida, afecto, socorro y ayuda mutua entre la pareja en cualquier época, pese a que los efectos patrimoniales cesaron

por efectos de la liquidación de la sociedad conyugal que se produjo en la pareja (SL2826-2022), pues se insiste, los medios probatorios incorporados al plenario no expresan, ni sugieren la existencia de comunidad de vida permanente y singular entre la pareja, esto es, compartir la vida misma formando una unidad indisoluble como núcleo familiar.

Ello es así, en tanto que de la declaración extraprocésal que se registró en Resolución GNR 277453 del 10 de septiembre de 2015, se observa que los señores María Lesbia Álvarez Moreno y Robert Pérez Pérez, manifestaron que aunque conocieron de vista, trato y comunicación por espacio de 20 y 25 años al señor Héctor Eduardo Trujillo Mora, "*por el conocimiento que de el (SIC) tienen saben y les consta que falleció en Cali el día 30 de Octubre de 2014, que si estado civil era casado en el año 1960, con la señora Luz Ángela Prado de Trujillo, de cuya unión tuvieron a 3 hijos ya mayores de edad pero **AL MOMENTO DEL FALLECIMIENTO EL SEÑOR ELLOS YA NO CONVIVÍAN**, pero él respondía económicamente por ella*".

De lo anterior, no es posible determinar la existencia de convivencia por un tiempo mínimo de cinco años continuos en cualquier tiempo, pues esta es precisamente la exigencia establecida para quien invoca la calidad de cónyuge supérstite, sin que sea posible considerar, entonces, que ese lapso quedó plenamente probado con la declaración registrada en el citado acto administrativo, dado a que de la misma no se desprende la convivencia real, efectiva y material de la pareja, tampoco si fue constante y estable, descartando una unión esporádica o efímera.

Así las cosas, es claro que la señora Luz Ángela Prado de Trujillo no tiene derecho a la prestación en la forma como la reclama, ni de forma proporcional, pues surge evidente del haz probatorio traído a colación la falta de convivencia con el causante durante 5 años en cualquier época, presupuesto de hecho que debe cumplirse por así disponerlo el artículo 47 de la Ley 100 de 1993.

10. Derecho reclamado por Blanca Rubiela García De Acosta

10.1. Edad. Con relación a este requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora Blanca Rubiela García De Acosta, nació el 19 de abril 1945 y para la muerte del señor Héctor Eduardo Trujillo Mora, contaba con 69 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

10.2. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia "*Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos*".

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: "*(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI.*"

10.3. Prueba de la convivencia de compañera permanente. Para determinar si hubo convivencia *efectiva, real y material* entre la pareja antes del fallecimiento del señor Héctor Eduardo Trujillo Mora, y teniendo en cuenta que la demandante arguye que este requisito se encuentra acreditado con las pruebas obrantes en el plenario, se procede a

revisar el cartulario encontrando declaraciones extraprocesales de Luis Epiménio Suárez Villamil, Pedro Arcángel Gómez Velandia, Flor María Vargas López quienes manifestaron en tal diligencia que conocieron a la pareja conformada por el fallecido y Blanca Rubiela García De Acosta desde hace 25 y 10 años respectivamente, asegurando que aquellos convivieron en forma permanente y continua desde el año 1967 y hasta el día del fallecimiento ocurrido el 30 de octubre de 2014 y que de esa unión procrearon 3 hijos, quienes al igual que la señora García dependían económicamente del pensionado, pues a través de su mesada pensional aportaban lo necesario para la subsistencia y manutención del hogar.

Por otro lado, se recaudó la declaración de Pedro Arcángel Gómez Velandia, quien ratificó lo antes dicho, agregando que fue inquilino del bien inmueble de propiedad de la señora García ubicada en el municipio de Gualanday hace 14 años y debido a ello dio cuenta de que vivieron juntos, quienes viajaban constantemente para descansar, y si bien mantenían viajando por varias ciudades del país, observó durante el tiempo de permanencia en su vivienda que fue una pareja estable y permanente, de cuya relación procrearon hijos.

Incorporó la demandante el testimonio de Flor María Vargas López (inquilina) quien de entrada corroboró lo ya declarado ante Notario, pero agregó que la pareja viajaba al municipio de Gualanday permanentemente, habitando uno de los apartamentos de la casa arrendada, quienes mantenían viajando por varias ciudades del país. Indicó que la pareja procreó tres hijos mayores de edad, además, que tuvieron un restaurante, residiendo en el citado municipio por espacio de un año, por lo que pudo dar cuenta de que convivieron en forma permanente e ininterrumpida, quienes se auxiliaban cuando atravesaban dificultades en su salud.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó a la actora tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron de las testimoniales, pues contrario a la censura, ésta ratificó lo aseverado por Pedro Arcángel Gómez Velandia y Flor María Vargas López, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo dentro de los últimos 5 años de vida del causante.

Además, queda claro que en efecto la señora Blanca Rubiela García De Acosta sí tuvo una convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante, pues no se verifica que estos hayan sufrido una separación, pues las declaraciones que se recaudaron, así como las demás pruebas obrantes en el proceso, dan cuenta de su permanencia como pareja, en tanto que los testigos de la promotora de la litis con contundencia dieron cuenta de una convivencia real y efectiva, sin interrupciones hasta el deceso de aquél. Al unísono declararon que de cujus nunca abandonó el hogar y siempre prodigó por su manutención y sostenimiento. Versiones que resultan creíbles para la Sala, debido a su consonancia y consistencia, pues se encuentran respaldadas por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibieron los hechos, dejando entrever que presenciaron de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja.

Así, entonces, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que Blanca Rubiela García De Acosta convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, inferencia que no puede ser derribada porque en la investigación administrativa

se llegó a distinta conclusión, como lo pretende hacer valer la censura, máxime cuando el documento resultante de la indagación adelantada por la demandada y ejecutada por un tercero para establecer si la actora tenía o no la condición de beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en relación con el fallecido, no fue allegado al plenario por esta, por manera que tampoco se puede determinar si ese elemento fue apreciado en indebida forma por la A quo, para derruir sus inferencias según las cuales la actora probó la condición de beneficiaria de la prestación económica.

11. Conclusión. Visto lo anterior, le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, a partir del 30 de octubre de 2014, sobre el 100% de la prestación económica que percibía Héctor Eduardo Trujillo Mora para el momento de su fallecimiento, esto es, \$616.000 y en igual mesadas que venía percibiendo, tal y con acierto lo coligió la juez de primer grado.

12. 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 30 de octubre de 2014, la reclamación se presentó el 15 de diciembre del mismo año, que fue resuelta a través de la Resolución GNR 277453 del 10 de septiembre de 2015, por lo que a partir de allí debía accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la respuesta y la presentación de la demanda, que lo fue el 16 de enero de 2018, 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. En consecuencia, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia la sentencia apelada y consultada.

13. Indexación de las mesadas adeudadas. Es claro que las mesadas causadas y no canceladas deben ser indexadas, ello ante su evidente devaluación monetaria.

14. Costas. Sin costas en esta instancia, por no haber sido causadas.

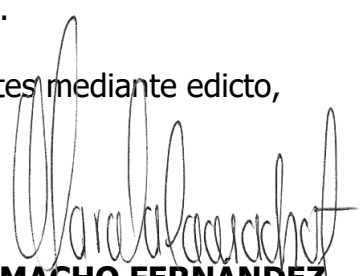
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

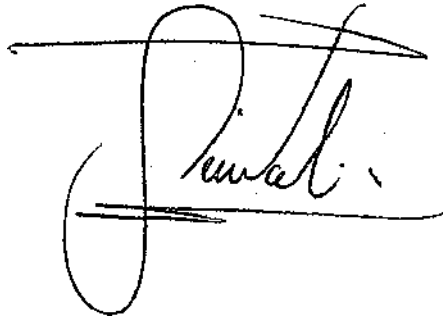
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de octubre del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio 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 FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



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: VICENTE CRUZ PINZÓN
Demandados: COLPENSIONES y OTRAS
Radicación: 07-2020-00259-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Vicente Cruz Pinzón Tapias instauró demanda ordinaria contra AFP Protección S.A., AFP Porvenir S.A. y Colpensiones con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene a la primera de las demandadas trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual, mientras que a Colpensiones la reciba y mantenga como afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, pidió se le reconozca la pensión de vejez, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 30 de noviembre de 1957, cumpliendo los 62 años en el año 2019 y comenzando a cotizar al ISS hoy Colpensiones, desde el 27 de junio de 1994 hasta el 31 de marzo de 2001, fecha en la que se trasladó a la AFP Porvenir S.A. y con posterioridad a AFP Protección S.A. desde febrero de 2002. Indicó que los promotores de las AFP no le brindaron la información necesaria para proceder con el cambio de régimen pensional. (expediente digital PDF, 02Demanda)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 16. Constancia Notificación); 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 al actor 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 aquel. 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, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no precedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, inexistencia del derecho al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la innominada.

3.2. AFP Porvenir S.A. En auto adiado 31 de agosto de 2021, se le tuvo por no contestada la demanda.

3.3. AFP Protección S.A. Se opuso a la totalidad de las pretensiones argumentando que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria, dado que la decisión de afiliación estuvo exenta de vicios y no ejerció ningún tipo de presión o fuerza respecto de la decisión de afiliación, misma que se dio bajo los parámetros del artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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, aplicación de precedente sobre actos de relacionamiento al caso en concreto, validez eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones RAIS, prescripción y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de julio de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Vicente Cruz Pinzón al régimen de ahorro individual. En consecuencia, ordenó a la AFP Protección S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual con los respectivos descuentos. Condenó a los fondos de pensiones a devolver a Colpensiones los descuentos realizados debidamente indexados, mientras que a esta última a recibir los aportes y afiliar al actor sin solución de continuidad. Por último, gravó en costas a los fondos demandados.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia del acto.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación aduciendo que hubo un error de hecho al negar la pensión de vejez, ya que era deber de Colpensiones informarle si le convenía o no la permanencia en el RPM, además, cumple con los requisitos para su reconocimiento, ya que tiene más de 1800 semanas y nació en 1956. Indicó que tiene derecho al reconocimiento de los intereses moratorios calculados desde la radicación de la demanda y hasta el momento en que se profiera fallo.

5.2. Colpensiones. Como fundamento de su apelación señaló que dentro del proceso no obra prueba alguna que dé cuenta de que al momento de la afiliación haya caído en algún vicio del consentimiento, siendo que existe una indebida interpretación de la carga del proceso, ya que esta recae sobre la AFP y no hay un mínimo esfuerzo por la parte actora. Indicó que el Decreto 2241 de 2010 obliga al actor a informarse acerca del sistema general de pensiones, además, precisó que de mantenerse la condena se estaría quebrantando el principio de la sostenibilidad financiera.

5.2. AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación esgrimiendo que no se cumplen los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, ya que en el año 2000 fecha de la afiliación, se encontraba en la primera, basada en la firma del formulario de afiliación, siendo imposible jurídicamente demostrar con otro medio de prueba el cumplimiento del deber de información. Consideró que es improcedente la devolución de los gastos de administración y sumas previsionales, de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, máxime cuando generó rendimientos.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que las demandadas tenían el deber información al momento del traslado, sin que ninguna le haya informado, aconsejando y brindando una proyección de su pensión.

6.2. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento medio probatorio que evidencia la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación.

6.3. Colpensiones. Indicó que 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), y si bien se está ante un error sobre un punto de derecho, el mismo no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre el actor y AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencial, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por el demandante, Colpensiones, y AFP Porvenir S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 haya omitido su deber de información al momento en que el actor 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 del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vii) ¿Colpensiones debe reconocer la pensión de vejez?

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 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 Vicente Cruz Pinzón se afilió a Cajanal desde el 1 de noviembre de 1975 al 25 de marzo de 1986, a Fonprecon del 26 de marzo de 1986 al 31 de octubre de 1990, a la Cámara de Representantes del 1 de noviembre de 1990 al 19 de julio de 1994 y al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 25 de septiembre de 1996, con cotizaciones hasta el 29 de mayo de 2000 conforme aparece en la historia expedido por la misma entidad; quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 25 de abril de 2000 y con posterioridad a la AFP Protección S.A. el 20 de mayo de 2002, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

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

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

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

que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, 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 el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 25 de abril de 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 (...)*".

Por tanto, la AFP demandada 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 demandadas 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. 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 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 AFP Porvenir S.A. en el año 2000, 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 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 25 de abril de 2000, 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 adocinado 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.

8. Actos de relacionamiento. 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 varía 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”.

9. 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por

Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 del actor 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 al 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 esos conceptos, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido.

Adicionalmente, se ordenará que al momento de su 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.

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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. Para acceder a una pensión de vejez bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 9° de la Ley 797 del 2003, se debe cumplir con 55 años si es mujer o 60 años si es hombre. A partir del 1° de enero del 2014 la edad se incrementará a 57 años para la mujer y 62 para el hombre. En cuanto a las semanas se exige haber cotizado un mínimo de 1000 semanas. A partir del 1° de enero del 2005 se incrementará en 50 semanas y a partir del 1° de enero del 2006 se incrementará en 25 hasta llegar a 1300 en el año 2015.

12.1. Edad. El demandante cumplió el requisito de edad de los 62 años el 30 de noviembre del 2019, toda vez que nació el 30 de noviembre de 1957, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

12.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se constata que noviembre de 2021, el demandante cuenta con un total de 1.290 semanas, las cuales, sumadas a los tiempos laborados a la Cámara de Representantes y cotizados a Cajanal y Fonprecom, que se traducen en 6.836, equivalentes a 976,57 semanas, arroja un total de 2.266,57 semanas en toda su vida laboral desde el 1° de noviembre de 1975 hasta el 30 de noviembre de 2021. Por tanto, es claro que el gestor 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.

13. 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 al demandante la pensión de vejez, a partir del 30 de noviembre del 2019, 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 el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a **13 mesadas pensionales al año**.

14. 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 30 de noviembre de 2019, el disfrute de esta lo será a partir del día en que el demandante se desafilie del sistema, por lo que resulta evidente que no se han causado mesadas pensionales y, por ende, la mora alegada. En ese orden se absolverá a la encartada de dicha pretensión.

15. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor del 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 los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 6 de julio de 2022, por el Juzgado Séptimo 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 **VICENTE CRUZ PINZÓN**, debidamente indexados, conforme a lo motivado.

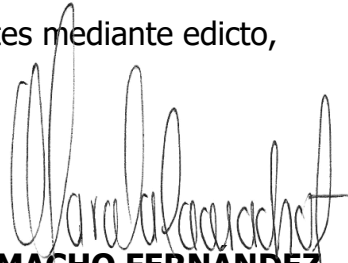
SEGUNDO: REVOCAR el numeral 4º de la sentencia apelada, para en su lugar, **DECLARAR** que **VICENTE CRUZ PINZÓN**, tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 del 2003, en 13 mesadas pensionales, a partir del 30 de noviembre del 2019, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a pagar al 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.

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

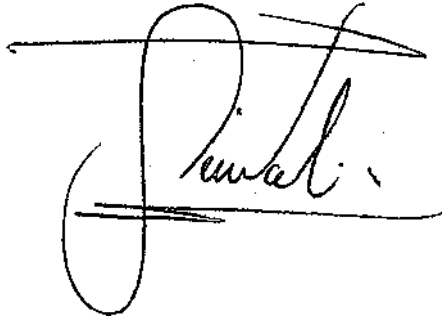
QUINTO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

Magistrado



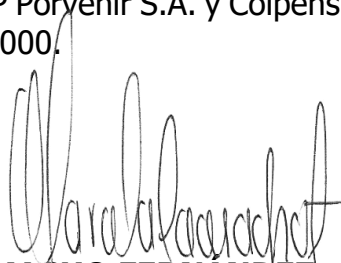
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 cada una de las demandadas AFP Poryenir S.A. y 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: MARÍA ASCENETH VALENCIA MOLANO
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 03-2020-00436-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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 María Ascenneth Valencia Molano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos, Pensiones y Cesantías con el propósito de que se declare la nulidad y en subsidio la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado de los valores obtenidos a Colpensiones en virtud de su vinculación al fondo de pensiones, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que inició su afiliación el mes de abril de 1985 al ISS y hasta mayo de 2009, trasladándose el 30 de mayo de 2009 a AFP Colfondos S.A., quien a través de su asesor le aseguró que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y mayor cantidad de beneficios al momento de recibir la mesada pensional, omitiendo su deber de información en tanto que no le dio a conocer los riesgos y beneficios del cambio de régimen. (Expediente electrónico. PDF 01Demanda, págs. 3 a 28)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF15NotificacióAgenciaNacional20221010); 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 se trasladó de régimen de manera libre y voluntaria, ya que dentro del material probatorio no se evidencia que exista algún vicio del consentimiento. Indicó que aquella se encuentra en la prohibición contenida en el artículo 2º de la ley 797 del 2003, por lo que de aceptarse su traslado se estaría afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Formuló como excepciones de fondo las que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslados régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, no observancia del principio constitucional sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 001 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos

jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica (Expediente electrónico. PDF07ContestacionDemandaColpensiones20210804 págs. 2 a 25)

3.2. AFP Colfondos S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente no se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandante esbozando que la afiliación se realizó bajo los parámetros que exigía la ley para ese momento, por lo que de considerarse viable el traslado de aquella al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, no se opondrá y en consecuencia, procederá a devolver los aportes registrados en la cuenta individual de ahorro pensional, con sus respectivos rendimientos, siempre que la decisión no lleve consigo algún tipo de responsabilidad, como una eventual condena en costas. En su defensa formuló como excepciones de mérito las de buena fe, innominada, compensación y pago (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemandaColfondos20210728 pag 1 a 16)

3.3. AFP Porvenir S.A. En auto adiado el 23 de noviembre de 2021, se ordenó su integración como litis consorte necesario y en tal carácter presentó escrito de intervención con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda, alegando que a la actora se le brindó información clara, precisa, detallada, concreta y suficiente, en términos de la Ley 100 de 1993, presumiéndose autentico el formulario de afiliación. Propuso como excepciones las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico PDF, 12ContestacionDemandaLitisConsortePorvenir20220406.pdf pag 1 a 25)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de octubre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslados horizontales realizados por la actora en el RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, tales como cotizaciones, bonos pensionales en el caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros. Así mismo, ordenó a los fondos de pensiones codemandados a devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, la comisión para constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a aceptar el traslado de los dineros, activar la afiliación y actualizar la información en la historia laboral. Por último, gravó en costas a Colpensiones y AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL 31989 de 2008, SL54814 de 2008 y SL1688 de 2019. Preciso que desde la conformación de las AFP existe el deber de información que permita suministrar a los afiliados la información clara y suficiente para efectuar el traslado del régimen pensional, esto evidenciado en distintas normatividades que se encontraban vigentes a la fecha de la afiliación -1999-. En el mismo sentido, para el caso especial en el que el empleador de la demandante era quien poseía el formulario de afiliación de Colmena hoy Protección S.A. el cual hizo firmar a la actora, se considera que la AFP hizo uso de un intermediario para provocar la afiliación sin el debido cumplimiento del deber de información.

Indicó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP para demostrar el cumplimiento de este deber de información que es claramente resaltado en la jurisprudencia nacional, así como también la insuficiencia de la presentación del formulario de afiliación que dé fe sobre la información suministrada a la afiliada. Respecto de la convalidación entre traslados horizontales, el a quo fue enfático en establecer que este fenómeno no se da con el traslado entre entidades del mismo régimen, sino que quedan sin efecto todos los traslados posteriores del primero si de este se predica la ineficacia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las consecuencias de la ineficacia, reiteró lo adocinado por la Corte Suprema de Justicia, la cual sostiene que los efectos de esta declaratoria son la devolución de todos los conceptos referentes a la afiliación incluyendo las cotizaciones y los rendimientos causados, junto con los gastos de administración y seguros previsionales de la demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que la actora se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, para proceder con el traslado. Indicó que es un tercero buena fe, pues aquella abandonó el ISS de una manera consciente y voluntaria, permaneciendo por más de 20 años en el RAIS, sin que se haya acercado a Colpensiones para saber sobre su futuro pensional, lo cual ratificó que estaba conforme con su afiliación al RAIS.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que la AFP estaba en el deber legal de suministrar información veraz y oportuna a la trabajadora, esto es, que antes de la afiliación o traslado de régimen pensional, la demandada debió advertirle el riesgo y consecuencias negativas que le generaría tal traslado o, en su defecto, no tramitar la afiliación ante la omisión de brindar tan trascendental información.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que en ningún momento la demandante fue obligada a afiliarse a fondo privado alguno, acaecimiento angular que relieves la hipótesis de que la aludida elección fue absolutamente espontánea, libre y sin verse restringido su consentimiento en la desafiliación del otrora Instituto de Seguros Sociales, por lo que la afiliación fue plenamente válida.

6.3. AFP Porvenir S.A. Refirió que garantizó a los potenciales afiliados y vinculados al Sistema de Ahorro Individual con Solidaridad, la protección del derecho de información, la cual es acorde con las disposiciones legales señaladas por la Superintendencia Financiera de Colombia, tanto así que, esta entidad en la Circular 019 de 1998, dispuso que la única exigencia establecida para materializar y que produjera efectos jurídicos el traslado de régimen pensional, era que el afiliado expresara su voluntad a través del diligenciamiento del correspondiente formulario.

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.

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 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 María Asceneth Valencia Moreno, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 17 de abril de 1985, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF 07ContestacionDemandaColpensiones20210804. págs. 49 y s.s.); quien con posterioridad se afilió a AFP Colpatria el 5 de agosto de 1994; a AFP Porvenir S.A. el 29 de mayo de 1997 y a Horizonte Pensiones y Cesantías S.A. hoy AFP Porvenir S.A. el 2 de julio de 1999, según historial de vinculación de Asofondos y formularios de afiliación núm. 895448 y 0067824. Por último, realizó traslado a Colfondos S.A. el 30 de junio del 2009, donde está actualmente según formulario de afiliación núm. 00462275.

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 1994-, 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 Colpatria S.A. hoy AFP Porvenir S.A., esto es, 5 de agosto de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 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 AFP Colpatria S.A. hoy AFP Porvenir S.A. 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 5 de agosto 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.

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. 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-).

9. 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 estos emolumentos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

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.

10. 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.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la 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

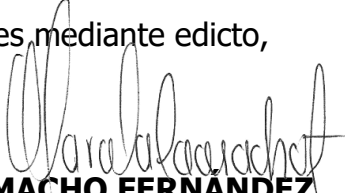
PRIMERO: ADICIONAR el numeral 2º de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

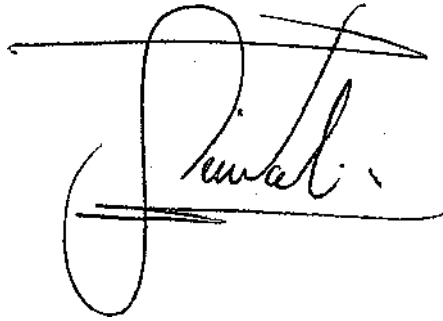
"SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar a **COLPENSIONES**, todos los valores que recibió con motivo de la afiliación de la demandante **MARÍA ASCENETH VALENCIA MOLANO** por concepto de cotizaciones, bonos pensionales en el caso que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder; de igual manera se condenará a **COLFONDOS S.A. y AFP PORVENIR S.A.** a devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales, comisiones, porcentajes destinados a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propios recursos, debidamente indexados, conforme la parte motiva de esta providencia."

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, 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. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

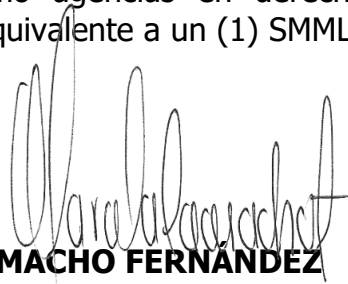


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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: LILIA CORTES CUENCA
Demandados: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 23-2021-00466-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Lilia Cortes Cuenca instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se condene al fondo de pensiones accionado trasladar a Colpensiones todos los aportes, cuotas de manejo y rendimiento efectuados; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que comenzó a cotizar a pensión en Cajanal en 1983, trasladándose con posterioridad a la AFP Porvenir S.A. el 5 de octubre de 1998, sin que se le haya brindado información pertinente, veraz y oportuna acerca de la decisión del cambio de régimen, sin obtener una información basada en la realidad. (Expediente electrónico, PDF 01DemandaAnexos, págs. 1 a 9)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 07 NotificaciónAndje); 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 todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiese hecho incurrir en error al momento de realizar la afiliación al nuevo régimen, sin que para dicho haya intervenido, por lo que al generar la ineficacia se afectarían los intereses de la misma entidad. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó imposibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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 001 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 para aquellos que consolidaron su derecho en el RAIS y genérica (Expediente electrónico, PDF 05ContestaciónDemandaColpensiones)

3.2 AFP Porvenir S.A. Al momento de recorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la vinculación de la actora al régimen de ahorro individual se hizo de manera libre y voluntaria, sin que se evidencie error, fuerza o dolo. Propuso 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 buena fe. (Expediente electrónico, PDF 06ContestacionDemandaPorvenir)

3.2. UGPP. En audiencia del que trata el artículo 77 del C.P.T. y de la S.S., se ordenó su integración como litis consorte necesario y en tal carácter presentó escrito de intervención con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda, alegando la falta de legitimación por pasiva, en tanto que no conoce ninguno de los hechos esbozados en el libelo introductor. Formuló las excepciones de falta de legitimación en la causa por activa, inexistencia de la obligación, prescripción e innominada. (Expediente electrónico, PDF 19ConestaciónUGPP)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación o traslado realizado por Lilia Cortes Cuenca al régimen de ahorro individual, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, incluidos los rendimientos, gastos administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de su causación hasta la fecha efectiva de su pago. Así mismo, condenó a Colpensiones a recibir a la demandante corrigiendo las semanas de cotización y gravó en costas únicamente a AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez de conocimiento se basó en que de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 1604 del Código Civil, junto con lo expuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 31989 de 2008 se encuentra en cabeza de las AFP el deber de proporcionar la información clara, cierta, comprensible y oportuna sobre las condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen respecto del afiliado. De igual forma señaló que la jurisprudencia ha establecido la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado con el fin de que sea la AFP quien demuestre que se brindó la asesoría correspondiente; además estableció que la ineficacia puede acreditarse estando o no beneficiado al régimen de transición y estando próximo a pensionarse; no obstante, en el caso concreto no se demuestra por parte de las AFP demandadas 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, se entiende como insuficiente para acreditar el cumplimiento de brindar la información. En el mismo sentido se observa que en el interrogatorio de parte no se logró la configuración de la confesión por parte de la demandante sobre los contenidos expuestos en el curso de la asesoría.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1 Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación esgrimiendo que dentro del proceso se evidenció que la demandante recibió por la AFP Porvenir S.A. información, siendo claro que el deber de la doble asesoría surgió a partir del 2008, además, que la diferencia de regímenes se encuentra contemplada dentro de la Ley 100 de 1993 razón por la cual no puede alegar el desconocimiento de esta. Refirió que la demandante estuvo más de 20 años en el RAIS y dentro de ese tiempo no realizó ninguna manifestación, a lo que sumó se encuentra dentro de la edad de prohibición para efectuar cambio de régimen, por lo que de mantenerse se estaría violentando la sostenibilidad financiera del sistema.

5.2. AFP Porvenir S.A. Como fundamento de su alzada indicó que no hay razones que conduzcan a declarar la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, pues la decisión tomada por la parte actora se hizo consciente y espontanea suscribiendo formulario de solicitud de vinculación el cual cumple con los requisitos de ley y fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; manifestó expresamente que lo hacía en forma voluntaria y libre.

En lo que respecta a la condena de devolver los gastos de administración, seguros y rendimientos indicó que no resulta coherente que se declare la ineficacia *ex tunc* en unos sentidos y en otros no, como quiera que la consecuencia de la aplicación de dicha figura es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás, de tal manera los frutos dados por la administración de los recursos de la cuenta de ahorro individual, tampoco se generaron. Agregó que los rendimientos financieros al ser privativos del régimen de ahorro individual pondrían a la demandante en una condición diferente a la que se encontraría si permaneciera el régimen de prima media, dado que recibiría dineros que no se generaron en este último de los regímenes en clara contravención a lo establecido en el artículo 897 del Código de Comercio.

Atinente al traslado de los recursos de los gastos de administración manifestó que esos montos por mandato legal tienen una destinación específica que en este caso cumplió su cometido, de tal suerte que esas sumas fueron debidamente invertidas en la forma exigida por la Ley y no se encuentran en poder del fondo. A lo que sumó que su devolución resulta improcedente de conformidad con lo señalado por la Superintendencia Financiera de Colombia, que tiene la facultad de emitir conceptos doctrinales respecto los temas de su competencia y quien ha advertido que se debe dar cumplimiento en caso de traslado entre regímenes al artículo 7° del Decreto 3995 de 2008.

6. Alegatos de conclusión

6.1. AFP Porvenir S.A. En su escrito de alegaciones indicó que la afiliación de la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se lee del formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento medio probatorio que evidencia la libertad y el consentimiento informado de la parte demandante al momento de realizar su afiliación.

6.2. UGPP. Alegó en su favor aduciendo que resulta evidente la falta de legitimación en la causa por parte de la entidad en el presente asunto.

6.3. Colpensiones. Refirió que el traslado efectuado al RAIS, tiene plena validez y la afirmación de vicios del consentimiento del traslado de régimen suscrito con la AFP, y la omisión de información vital para haber efectuado el cambio de régimen, alegados por la demandante, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial con todas las garantías propias del debido proceso y el derecho de contradicción.

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 de la entidad pública 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 (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 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 Lilia Cortes Cuenca se afilió a otrora ISS desde el 8 de junio de 1983, con cotizaciones al 22 de julio de 1983 y según se extracta del formulario de afiliación núm. 01097512 arrojado por la demandada AFP Porvenir S.A., se encontraba vinculada a Cajanal por virtud del empleador ICBF, realizando aportes pensionales desde el 16 de noviembre de 1983 al 30 de noviembre de 1998, momento en el cual se trasladó al citado fondo de pensiones, entidad donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

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 1998-, 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 el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 5 de octubre de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 las demandadas 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. Actos de relacionamiento. 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 el hecho de que la afiliada haya permanecido 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación Respecto del asunto que gira en torno a si la UGPP debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse que en eventos donde se vincula al proceso a la UGPP, tal devolución no se encuentra en su cabeza, en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló el fallador de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que el accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del

régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 46 años de edad, por haber nacido el 2 de diciembre de 1962, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco si se encontraba bajo el supuesto de estar retirada o desafiliada del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP 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-).

9. 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.

10. 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.

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

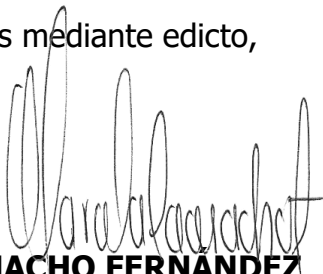
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

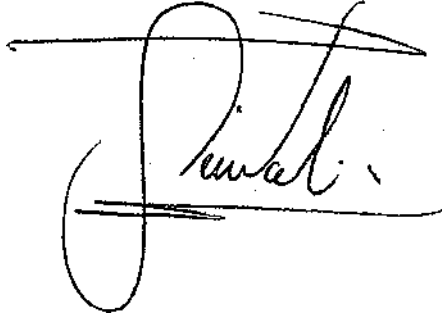
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de octubre de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

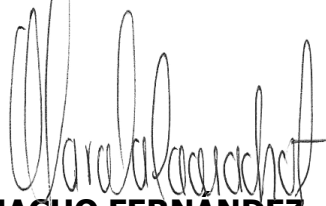


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ORLANDO CÁRDENAS BURBANO
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación: 24-2021- 00373-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Orlando Cárdenas Burbano instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene el retorno automático al RPMPD, de manera que Colpensiones debe reactivar la afiliación; que Porvenir S.A. devuelva todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, así como todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado. Así mismo, 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 06 de noviembre de 1984 al ISS y hasta el 30 de agosto de 1998, que en el mes de septiembre de 1998 la AFP Porvenir S.A. lo persuadió a trasladarse, argumentando que el Instituto de Seguro Social se acabaría y perdería lo cotizado hasta la fecha, así como también que tendría mayores rendimientos y podría acceder a la pensión en el momento que quisiera; sostiene que posteriormente solicitó a las demandadas el retorno al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pero este le fue negado. (Expediente electrónico, PDF 01 Demanda págs. 2 a 20)

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. (Expediente electrónico, PDF 07 Notificación ANDJE págs. 1 y 2)

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que a pesar de desconocer las circunstancias al momento del traslado, lo cierto es que el demandante optó por la afiliación al RAIS con base en la información brindada por la AFP; de igual forma manifiesta que no obra prueba que se presentó algún vicio del consentimiento que invalidara el traslado. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones; responsabilidad sui generis de las entidades de seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de hecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; buena fe; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de

legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho; prescripción y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 05 Contestación Colpensiones, págs. 2 y 28)

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado se realizó en el año de 1999 y no en el año de 1998; que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, prueba de lo anterior descansa en la solicitud de vinculación firmada por el demandante; que en los 22 años que lleva afiliado, el demandante no manifestó inconformidad alguna; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 2 de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente electrónico, PDF 004 Contestación Porvenir págs. 2 a 24)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de septiembre de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante el 01 de mayo de 1999, ordenado a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones los valores recibidos con motivo de la afiliación tales como, cotizaciones, bonos pensionales, con sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que le hubiere causados, los aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados. Ordenó a Colpensiones recibir los anteriores valores, así como actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros y finalmente no condenó en costas en primera instancia.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que para el periodo donde se efectuó el traslado el deber de información en cabeza de las AFP consiste en brindar al afiliado las características, condiciones, accesos y servicios de ambos regímenes pensionales de manera completa y comprensible; que el libre albedrío no sólo consiste en una manifestación de voluntad por parte del afiliado, sino que debe estar precedido por la información clara y comprensible de las consecuencias favorables y desfavorables de ambos regímenes pensionales, resultando insuficiente la acreditación del formulario de afiliación; que es procedente en este caso la inversión de la carga de la prueba en cabeza de la AFP, quien debe acreditar el cumplimiento del deber de información. En este sentido, la falladora de primera instancia observó que no se encuentra cumplido el deber de información en cabeza de la AFP Provenir S.A. debido a que se limitó a allegar el formulario de afiliación que se firmó por parte del demandante al momento del traslado; así como tampoco demostró con el interrogatorio de parte la información que se brindó al potencial afiliado durante la realización de la presunta asesoría, pues el demandante se limitó a contestar con datos generales el funcionamiento del RAIS. Por lo anterior se declaró la ineficacia del traslado.

Como consecuencia de lo anterior, se indica que de acuerdo a la jurisprudencia es procedente la devolución de todos los valores que constan en la cuenta del afiliado tales como cotizaciones, bonos pensionales con todos sus frutos e intereses, así como los rendimientos causados, gastos de administración, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones debidamente indexados a cargo de sus propias utilidades sin que esto signifique la afectación de la sostenibilidad financiera.

Sobre la excepción de prescripción, encontró que esta no opera por tratarse de un derecho íntimamente ligado a la pensión de vejez de carácter imprescriptible.

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

5.1. Colpensiones. En su alzada refirió que la aplicación de la inversión de la carga de la prueba no es automática y debe ser analizada en cada caso en concreto; que en el interrogatorio de parte se observó que el demandante conocía acerca de los detalles del funcionamiento del RAIS. De igual forma, solicita que, si se confirma la decisión de primera instancia, también confirme el retorno de todos los valores que constan en la cuenta del demandante a Colpensiones.

5.2. AFP Porvenir S.A. Interpuesto el recurso de apelación, sostuvo que el traslado de régimen se dio en virtud de la libertad de escogencia con la que cuenta el afiliado quien decidió que la AFP Porvenir S.A. administrara sus aportes pensionales; que no debe restársele valor probatorio al formulario de afiliación, el cual en el caso en concreto contiene declaración expresa acerca del conocimiento de las consecuencias del traslado; que la permanencia del afiliado por más de 23 años sin que mostrase inconformidad hasta cuando faltase poco tiempo para su pensión confirma su voluntad de continuar en el RAIS; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; que la AFP no cuenta con los medios probatorios para acreditar el cumplimiento del deber de información, así como tampoco se explica cuál es la prueba que permita demostrarlo; que no puede excusarse en una falta al deber de información por parte de las AFP cuando el monto de pensión no cumple con las expectativas del demandante; que no es procedente la devolución de los gastos de administración por cuanto estos no forman parte integral de la pensión de vejez; que es procedente la prescripción sobre los gastos de administración al ser una obligación de tracto sucesivo en contraprestación a la AFP por su buena labor de gestión; que la devolución de los gastos de administración desconoce el principio de las restituciones mutuas; que se ignora la imposibilidad de entregar los dineros de los seguros previsionales en vista de que fueron debidamente invertidos por la AFP, al igual que su restitución generaría un enriquecimiento sin causa por parte de Colpensiones; que con la orden de devolver los valores debidamente indexados se estaría generando una doble condena.

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 el actor 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.

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 tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto 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 Colpensiones 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 actor 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 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. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Orlando Cárdenas Burbano se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 06 de noviembre de 1984 hasta abril de 1996, según historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente electrónico, PDF 05 Contestación Colpensiones págs. 221 a 225); que posteriormente el 25 de marzo de 1999 se trasladó a Porvenir S.A., según formulario de afiliación núm. 011585557 (Expediente electrónico, PDF 004 Contestación Porvenir pág. 93); la afiliación se hizo efectiva el 01 de mayo de 1999, según certificado de ASOFONDOS SIAFP (Expediente electrónico, PDF 004 Contestación Porvenir pág. 89), entidad donde se encuentra actualmente.

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 el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar

información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a 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 1999-, 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 perjudicarlo

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 el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 25 de marzo de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, en tanto, aquel se limitó al aducir alguna de las características del régimen de ahorro individual, pero no confesó que recibió información en los términos indicados. 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 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 al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca Colpensiones al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, 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 aquel a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 del 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, incluido el tiempo de permanencia del actor en la AFP Porvenir S.A., (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.

En ese sentido, como en la sentencia de primer grado se ordenó de manera expresa la devolución de estos conceptos, habrá de **CONFIRMARSE** la sentencia en ese sentido.

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 al 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.

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 este valor durante la afiliación.

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 esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. Las de primera se confirman.

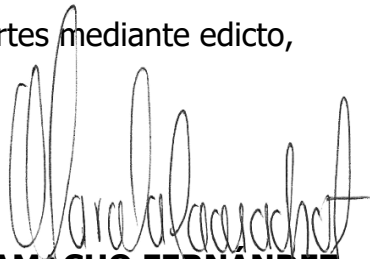
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

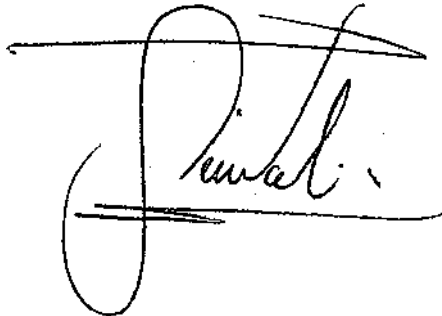
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de septiembre de 2022, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



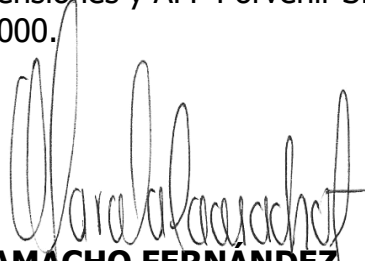
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del actor 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 FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CARLOS ALBERTO GUARÍN BARÓN
Demandados: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
Radicación: 03-2020-00243-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda Carlos Alberto Guarín Barón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento a Colpensiones; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició su afiliación el 1 de junio de 1983 al ISS y hoy Colpensiones hasta el 12 de septiembre de 1997, cotizando un total de 267 semanas al RPM; que se trasladó en el año 1997 a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., quien a través de su asesor le aseguró que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y mayor cantidad de beneficios al momento de recibir la mesada pensional y que posteriormente la AFP no le brindó ningún tipo de asesoría acerca de su futuro pensional ni del funcionamiento del régimen de ahorro individual; que mediante una proyección a cargo de Porvenir S.A. la mesada pensional en el RAIS sería de \$2.693.900 y en cambio en Colpensiones ascendería a \$4.754.664. El demandante instauró derecho de petición ante Porvenir S.A. y Colpensiones solicitando la anulación de la afiliación, pero ambas solicitudes fueron negadas. (Expediente digital, PDF 01 pág. 1 a 16)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 05NotificacionDemandadas20210818.pdf Págs. 13 y 14); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. AFP Porvenir S.A. Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones aduciendo que el demandante no allega prueba que evidencie que hubo una falta al deber de información, ya que la AFP si cumplió con el

deber de información exigible de conformidad con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993; que en la asesoría se le brindó toda la información acerca de las características del régimen de ahorro individual, por ende la decisión del afiliado fue libre y voluntaria, sin que haya lugar a aplicar la ineficacia de que trata el artículo 271 de la ley 100 de 1993. Propuso excepciones de mérito 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, 06ContestacionDemandaPorvenir20210831.pdf págs. 1 a 24)

3.2. Colpensiones. En su respuesta se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la decisión de la afiliación se dio de manera libre y voluntaria, que Colpensiones desconoce el tiempo, modo y lugar de como se dio la misma; que se evidencia negligencia por parte de la afiliada en buscar información acerca de su futuro pensional; que no se evidencia que al demandante se le haya hecho incurrir en algún vicio del consentimiento; que la actora se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 del 2003, además que la declaratoria de ineficacia va en contravía del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema. Propuso como excepciones de mérito las que denominó 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; 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 adiciono 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 la genérica. (Fols. 1 a 24 archivo No 07)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre de 2022, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por el actor al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, como lo son cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, los costos de seguros previsionales, y el porcentaje para constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones. Finalmente, condenó en costas a las demandadas.

La decisión del a quo se sostuvo en que los elementos materiales probatorios aportados al proceso no evidencian que se le haya brindado la información al demandante acerca de los riesgos y consecuencias de los diferentes regímenes pensionales, máxime si se tiene en cuenta que para el año del cambio de régimen ya existía norma que exigía el deber de información a las administradoras de pensiones, como los son el artículo 271 de la ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994 y todos los decretos que regularon la ley 100 de 1993, de igual forma el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1994, que consagra el deber de las entidades en brindar la información que permita tomar una decisión informada a los usuarios del servicio que aquellas presten; que la carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de pensiones; que la firma libre y voluntaria del formulario no es suficiente para dar cumplimiento al deber de información; que los traslados horizontales o la larga permanencia en el RAIS no convalida el acto ineficaz del traslado; que la consecuencia de la declaratoria de ineficacia conlleva a que los fondos privados deban devolver al RPM todos los emolumentos que recibió por la afiliación del demandante, como aportes obligatorios, bonos pensionales, con todos los rendimientos financieros, gastos de administración, los costos de los seguros previsionales y el

porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos.

En el sub examine, adujo que no se evidenció que la demandada Porvenir S.A. haya brindado la información necesaria, clara, expresa y suficiente acerca de los riesgos y beneficios de los regímenes pensionales, lo que trae como consecuencia la declaratoria de ineficacia en los términos atrás expuestos.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, argumentando que no está de acuerdo con la condena en costas, dado que la decisión de Colpensiones de no recibirla está fundamentada en la prohibición del traslado de que trata la ley 797 del 2003, ello debido a la proximidad del demandante para acceder a una pensión de vejez; que la decisión del actor para el cambio de régimen fue una decisión espontánea y libre, sin haberse visto restringido o que haya existido algún vicio del consentimiento; que el demandante nunca se acercó a Colpensiones o Porvenir S.A. para saber acerca de su futuro pensional lo que ratifica su ánimo de permanencia en el RAIS, ya que solo se acercó al evidenciar que su mesada pensional no sería la esperada; que Colpensiones es un tercero de buena fe.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 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 de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; 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, ya que sino se generaría un enriquecimiento sin causa a Colpensiones.

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 el actor 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 del 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 la acción para pedir la nulidad esta prescrita.

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 tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

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 el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos, debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vi) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

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 el señor Carlos Alberto Guarín Barón, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 23 de junio de 1992, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por la misma entidad (Expediente electrónico PDF No 09); quien posteriormente se trasladó el 12 de septiembre de 1997 a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. como consta en el formulario de afiliación (Expediente electrónico 06ContestacionDemandaPorvenir20210831.pdf págs. 66) entidad donde se encuentra afiliado actualmente.

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

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión

de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a 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 1997-, 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 a dar 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 el actor se trasladó a la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., esto es, 12 de septiembre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, 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 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 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 si bien congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, no ordena la indexación, por lo que habrá de adicionarse tal aspecto.

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.

10. 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.

11. 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 el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, como se puede observar de su contestación.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos 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: ADICIONA al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a la **AFP PORVENIR S.A.** a devolver a Colpensiones debidamente INDEXADOS los conceptos ordenados en el referido numeral, sin que haya lugar a realizar descuento alguno.

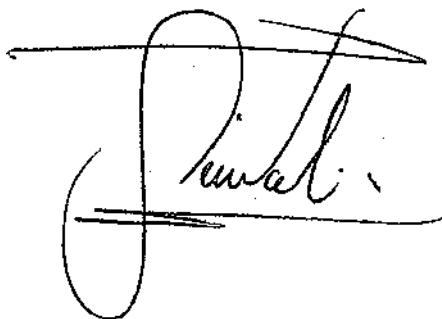
SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

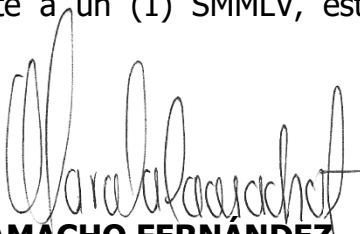


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 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: SANDRA PATRICIA BORRAEZ DE ESCOBAR
Demandados: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
Radicación: 110013105-004-2021-00602-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – CONFIRMA.

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. MICHAEL GIOVANNY MUÑOZ TAVERA, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

Demanda. Sandra Patricia Borraez De Escobar instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad de la afiliación efectuada a la AFP Porvenir S.A., y como consecuencia, que se condene a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de julio de 1960; que la demandante cotizó en el ISS, hoy Colpensiones del 02 de agosto de 1983 hasta 31 de diciembre de 1987; que suscribió formulario de afiliación al RAIS el 01 de julio de 1996 con la AFP Porvenir S.A.; que la AFP Porvenir S.A. omitió efectuar los cálculos financieros, actuariales y matemáticos e informar a la accionante sobre las ventajas y desventajas de afiliarse al RAIS; que acredita más de 1.1125 semanas cotizadas. (Folios. 3 a 23 archivo No 02).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Folios. 1 a 2 archivo No 09); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones: Se opuso a las pretensiones de la demanda basándose en que Colpensiones carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que quien falta a la información proviene de Porvenir S.A.; que para la fecha del traslado no estaba vigente brindar asesoría como lo exige la demandante, ya que ello solo fue exigido a partir del año 2014; que la afiliación fue totalmente válida, ya que no se configuraron vicios de consentimiento en la suscripción del formulario; que las proyecciones

pensionales no son pruebas útiles para demostrar una eventual información distorsionada o incompleta al momento en que se efectuó el traslado; que era deber de la afiliada informarse en debida forma de su cambio de régimen. Como excepciones mérito propuso las que denominó como falta de causa por pasiva, inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, imposibilidad del traslado, presunción de legalidad de los actos jurídicos, cobro de lo no debido, buena fe, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema pensional, enriquecimiento sin justa causa, improcedencia de costas en intereses en contra de Colpensiones, conmutación pensional, prescripción, prescripción de la acción, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 33 archivo No 14).

3.2. Porvenir S.A.: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones con sustento en que la demandante no allegó pruebas sumarias de las razones de hecho que sustenten la ineficacia o nulidad de la afiliación, también menciona que la afiliación al RAIS es completamente válida por lo que tampoco habría lugar a trasladar capital alguno. Además de ello, menciona que la AFP ha cumplido con sus gestiones de manera oportuna y eficiente. Como excepciones de fondo propuso 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. (Fols. 1 a 20 archivo No 17)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de octubre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de Sandra Patricia Borraez De Escobar a la AFP Porvenir S.A. realizada en 1996, y en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y que por lo tanto, siempre permaneció al RPMPD; condenó a Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en el cual la demandante permaneció afiliada a Porvenir S.A.; ordenó a Colpensiones a aceptar sin dilación alguna a la demandante, finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-1828, la SL-1689 y la SL-1452 todas del año 2019, en concordancia con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Por tanto, debe verificarse si la AFP demandada le brindó la información pertinente tales como las características, ventajas, objetivo de los regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado al futuro afiliado.

En ese sentido, el fallador consideró que la AFP no cumplió con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema del RPMPD, ni sus posibles consecuencias futuras. Menciona que la suscripción del formulario a la AFP Porvenir S.A. no logra acreditar que en efecto se brindó la información exigida en estos casos.

En conclusión, el a quo consideró que Porvenir S.A. incumplió su deber de información y por consiguiente declaró la ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado, y en consecuencia se ratifica la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad. También indicó que Porvenir S.A. está obligada a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los bonos pensionales a los que haya lugar, los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el

fondo de garantía de pensión mínima, y seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados. Declaró no probada la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales:

5.1 Colpensiones. Solicita que se revoqué la sentencia de primera instancia toda vez que no se tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, debido a que Colpensiones es un tercero ajeno al acto jurídico celebrado por la demandante y la AFP del RAIS, por lo que, en la declaratoria de ineficacia, Colpensiones no puede ser favorecida o perjudicada con la sentencia; que la decisión del traslado se estaría afectando gravemente el equilibrio financiero de la seguridad social; que en caso de ordenar el traslado, se ordene a Porvenir S.A. que pague a Colpensiones los perjuicios económicos.

5.2 Porvenir S.A.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, toda vez que, si bien existe un precedente plateado por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que, el precedente no puede ser aplicado de manera homogénea, ni indiscriminada a los procesos de ineficacia o nulidad; que no cabe la declaratoria de ineficacia y retorno al RPM, toda vez que ella no se encontraba en este régimen antes de su afiliación al RAIS, ya que estaba afiliada a las Cajas Nacionales de Previsión y no al ISS; que la AFP cumplió con entregar a la demandante la debida información al momento de suscribir el formulario de afiliación, además, este fue firmado de forma libre, voluntaria y espontánea sin evidenciar vicio de consentimiento alguno.

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.

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 de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente la devolución de gastos de administración y demás emolumentos; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que no es procedente la indexación.

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 tal como lo exige la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y Porvenir 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 los recurrentes, 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.

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 Sandra Patricia Borraez De Escobar venía cotizando a la Caja de Previsión de Cundinamarca desde el 02 de agosto de 1983 hasta el 18 de enero de 1985 (Fols. 1 a 5 archivo No 46); que suscribió un formulario de afiliación al RAIS el 24 de junio de 1996 con la AFP Porvenir S.A.; que posteriormente, se trasladó a COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. el 20 de enero del 2000 (Fol. 2 archivo No 17), entidad donde se encuentra afiliada actualmente.

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 1996-, 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 a dar 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 el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 24 de junio de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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 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, 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 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 del 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. 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 PORVENIR S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible 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 el 24 de junio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. 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, 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".

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que la demandante no se encontraba afiliada a COLPENSIONES antes del traslado, acota la Sala que, de conformidad a los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018, SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala que los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló la falladora de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes en una Caja de Previsión Departamental, 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, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019).

En este punto valga traer a colación lo dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia STL8362-2022, en la que adocina:

"Tales apreciaciones del juzgador de instancia no las comparte ni avala esta Corporación, dada la circunstancia particular que se presenta en este caso por el hecho de haberse trasladado la demandante al RAIS, estando afiliada a un fondo previsional del sector público, Pensiones de Antioquia. Al respecto conviene recordar que el artículo 52 de la Ley 100 de 1993 autorizó a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social existentes, del sector público o privado, administrar el régimen de prima media con prestación definida respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan, sin perjuicio del derecho de selección de régimen.

De igual manera, el Decreto 2527 de 2000 en su artículo 3º dispuso que los servidores públicos que a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones se encontraban afiliados a las cajas, fondos o entidades de seguridad social de que trataba el inciso segundo del artículo 52 de la Ley 100 de 1993 y se desvincularan de la entidad pública a través de la cual estaban afiliados a dichas cajas, fondos o entidades, para continuar cotizando al sistema general de pensiones deberían afiliarse al Instituto de los Seguros Sociales o a una administradora de pensiones del régimen de ahorro individual, salvo que su vinculación a la otra entidad se produjera sin solución de continuidad, esto en los términos del artículo 60 del Decreto-Ley 1042 de 1978.

(...)

Lo anterior se acompaña por lo dicho por esta Sala, entre otras providencias, en la SL4334-2021, SL2208-2021 y SL1637-2022".

Así las cosas, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en las sentencias atrás referidas.

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP

PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

10. 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 SL2877-2020, 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 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 PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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.

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 al 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 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 este valor durante la afiliación.

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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

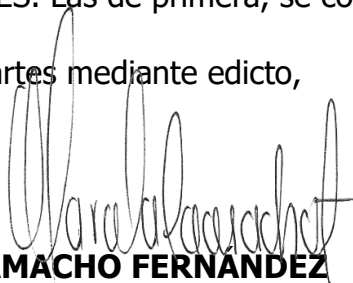
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

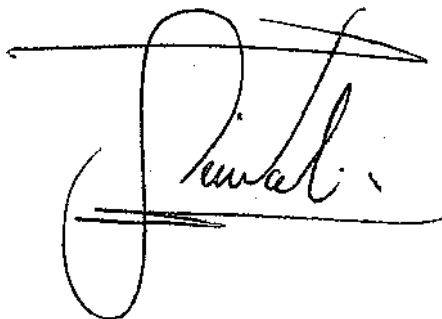
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 05 de octubre de 2022, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

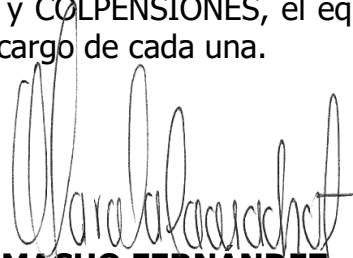


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, 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: ANTONIO ANGULO BETANCOURT
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 17-2020-00111-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO-ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Antonio Angulo Betancourt instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A. con el propósito de que se declare la nulidad y subsidiariamente la ineficacia de la vinculación al fondo de pensiones Colmena AIG hoy en día AFP Protecciones S.A. y, en consecuencia, sea condenada a trasladar los saldos debidamente actualizados de su cuenta de ahorro individual, junto con las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, bonos pensionales y demás emolumentos debidamente indexados, con sus respectivos rendimientos financieros; a Colpensiones a recibir los valores y actualizar la información en su historia laboral; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió al ISS el mes de octubre del año 1978, realizando cotizaciones hasta el 31 de marzo de 1999, fecha en la cual se trasladó a Colmena, hoy AFP Protección S.A. y con posterioridad se vinculó a Colfondos S.A., retornando nuevamente a Colmena. Indicó que los traslados se realizaron sin ningún consentimiento informado, sin que le hayan manifestado las consecuencias, riesgos y los verdaderos valores que le serán liquidados en el RAIS.

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 el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por decisión propia solicitó el suscribir el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. Indicó que, al momento de solicitar nuevamente el cambio de régimen pensional, se encontraba en la prohibición de los 10 años de la que habla la Ley 797 del año 2003. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y genérica.

3.2. Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías. En auto adiado el 28 de junio de 2021, se ordenó su integración como litis consorte necesario y en tal carácter presentó escrito de intervención con oposición a la totalidad de las pretensiones de la demanda indicando que brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones sobre el traslado de régimen pensional que realizaba entre administradoras del RAIS, asesoría en la cual se expuso la diferencia entre el RAIS y el RPM, las características, ventajas y desventajas que conllevaba la decisión del traslado por realizar. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia 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 del traslado, compensación y pago e innominada.

3.3. AFP Protección S.A. En la contestación de la demanda, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el acto realizado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aspecto del que se puede dar cuenta con el formulario de vinculación el que fue suscrito de manera libre y espontánea. Como excepciones propuso las que denominó como, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos 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 declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de julio de 2022, en el que el fallador de primer grado declaró ineficaz el traslado realizado por el actor al RAIS y, en consecuencia, ordenó a AFP Protección S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la vinculación de aquél, tales como cotizaciones, sumas adicionales de la aseguradora, bonos pensionales, traslados de dineros que en su momento hubiera efectuado a otras AFP, todo con los frutos, rendimientos, intereses y gastos o comisiones de administración. Ordenó a Colpensiones recibir los dineros trasladados, así mismo, a Colfondos S.A. devolver los dineros que en su momento descontó a título de gastos de administración a favor de Colpensiones. Por último, gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión tuvo como problema jurídico a dilucidar si al momento del traslado inicial al demandante se le brindó información clara y suficiente, para ilustrar acerca de las condiciones y funcionamiento del RAIS. Con tal propósito, citó la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así mismo, hizo alusión a los medios probatorios, para significar que la información dada en el formulario de afiliación es de carácter general, sin, que pueda establecer que el representante del fondo de pensiones se preocupó por cumplir el deber de brindar información clara y suficiente que le permitiera al futuro afiliado conocer las condiciones y características de ese régimen pensional, así como las desventajas e incidencia un su derecho pensional.

Concluyó que la labor del asesor tuvo como propósito principal atraer al afiliado del entonces ISS, para fortalecer la nómina de afiliados al RAIS, resaltando, que estaba en cabeza de cada uno de los fondos analizar la situación individual del futuro afiliado, explicación que debía comprender no sólo el funcionamiento general de cada uno de los regímenes, sino, la regulación propia de cada uno, tal como lo señaló la Sala de Casación

de la CSJ en sentencia SL-749 de 2021, debiéndose por tanto acceder a la ineficacia del traslado solicitado por la parte actora.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que no hay lugar a imponer costas debido a que es un tercero de buena fe. Refirió que para que el demandante pueda acceder al régimen de prima media debe ser por medio de la declaratoria de ineficacia de traslado, a lo que se opone conforme a lo considerado en el escrito de contestación de la demanda.

6. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que la AFP Protección S.A. es la llamada a responder por la falta de diligencia y cumplimiento en la normatividad vigente, en cuanto a su deber de asesoría, que vició el consentimiento para el traslado entre regímenes.

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.

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 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 el actor 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, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

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 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. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Antonio Angulo Betancourt se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el mes de octubre de 1987, quien se afilió a Colmena AIG, Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A. el 31 de marzo de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 1010452858, trasladándose a

Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 25 de abril de 2001 y retornando nuevamente a Colmena AIG, Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A. el 19 de marzo de 2002, según se verifica del reporte SIAF, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente, según aceptación 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 no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. En segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-, 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	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

	menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	
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 el actor se trasladó a Colmena AIG, Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A., esto es, 31 de marzo de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 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 demandadas 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 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. 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 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 Colmena AIG, Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A. en el año 1999, 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 afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 31 de marzo de 1999, 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 adocinado 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.

8. Actos de relacionamiento. 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, sin que el hecho de que haya permanecido 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 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-).

10. 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). 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 del actor en cada AFP), 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 esos 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.

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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. 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 el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del 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 los numerales cuarto y sexto de la sentencia proferida el 8 de julio de 2022, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS** 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 **ANTONIO ANGULO BETANCOURT**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el *A quo* se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

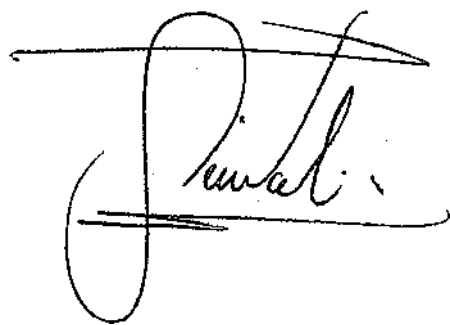
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

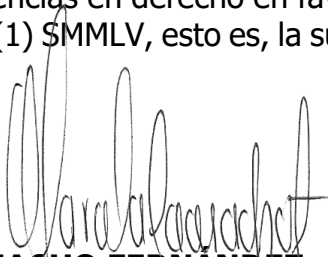


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 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: GILMA LUCÍA CAÑÓN RUÍZ
Demandados: COLPENSIONES Y OTRAS
Radicación: 37-2021-00169-01
Tema: INEFICACIA-ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Gilma Lucía Cañón Ruíz instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Protección S.A. y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y en consecuencia de esta declaratoria se ordene a la primera de las demandadas afiliarla sin solución de continuidad, por lo que AFP Porvenir S.A., debe devolver la totalidad de los aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, bono pensional al que haya lugar, para que sea actualizada su historia laboral. Así mismo, pidió lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis nació el 30 de septiembre de 1969 y fue afiliada inicialmente al ISS, efectuando cotizaciones desde el 18 de septiembre de 1992 y hasta que se trasladó al RAIS administrado por la AFP Protección S.A. en diciembre de 1995 y con posterioridad a AFP Porvenir S.A. en febrero del siguiente año. Indicó que no recibió información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas que se otorgaban tanto en el RPM como en el RAIS, ni las implicaciones que llevaba el cambio de régimen pensional.

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. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que fue la demandante quien por decisión propia solicitó el traslado al suscribir el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. en el año 1995. También señala que en la demanda no se probó error, fuerza o dolo en la citada afiliación, ni en el traslado horizontal que realizó hacía AFP Porvenir S.A., por manera que goza de plena validez, más aún cuando permaneció en el RAIS sin manifestar inconformidad alguna respecto al desempeño y administración de sus cotizaciones. En su defensa propuso las excepciones que denominó aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

3.2. Protección S.A. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda indicando que se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, en tanto que la demandante suscribió el formulario de vinculación a la AFP de manera libre, espontánea y solemnizada por lo cual no existe ninguna clase de vicio del consentimiento. Como excepciones propuso las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación e devolver la prima de seguros previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

3.3. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante a través de la AFP Protección S.A. es completamente válido, así como el traslado entre administradoras, entre tanto, brindó información pertinente y necesaria, de manera libre y espontánea, siendo esta clara, veraz y oportuna con los elementos de juicio objetivo. Formuló 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.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de agosto de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante del RPM al RAIS, en consecuencia, condenó a AFP Porvenir S.A., transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, gastos de administración. Así mismo, ordenó a AFP Protección S.A., transferir con destino a Colpensiones los valores correspondientes a gastos de administración que fueron descontados a la accionante durante el periodo en el que estuvo activa su afiliación con dicha entidad. Por último, gravó en costas a los fondos demandados.

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 de 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

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con lo anterior, formuló recurso de apelación indicando que el precedente jurisprudencial no se puede aplicar de manera homogénea e indiscriminada a todos los procesos donde se solicita la ineficacia, en tanto que todos estos tienen situaciones fácticas distintas. Refirió que la actora se afilió de manera voluntaria, sin presiones e informada en el año 1996, sin que haya solicitado información adicional o reclamos. Recalcó que las ventajas y desventajas de todos los regímenes pensionales se encuentran establecidas en la Ley 100 de 1993, la cual es de conocimiento público y de libre consulta, no solo para los futuros afiliados, sino para el público en general. Dicho esto, concluye que su actuar siempre fue de buena fe y enfocándose en los presupuestos legales vigentes, por lo que no encuentra razones fácticas ni jurídicas tendientes a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional.

5.2. Colpensiones. Como fundamentos de su alzada esbozó que la información de los regímenes pensionales se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993, por lo que al ser una norma de alcance nacional y de conocimiento para todos los ciudadanos, es deber de los futuros afiliados estar informados con respecto al régimen de su escogencia, más aún cuando la afiliada de forma libre y voluntaria firmó el formulario de afiliación a la AFP codemandada. Mencionó que a partir de la expedición de la Ley 1328, el deber de información se convierte en una obligación netamente accesorio, por lo que no es causa de ineficacia en un negocio jurídico. Refirió que no se asaltó la buena fe de la afiliada, toda vez que al momento de la afiliación al RAIS era imposible predecir los ingresos base de la cotización sobre los cuales iba a cotizar, de manera que de mantener la declaratoria de ineficacia, constituye un detrimento el principio de sostenibilidad financiera del sistema, debido a que esto impactaría la reserva del sistema pensional.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que tiene derecho a que se le declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado al RAIS y los posteriores traslados entre administradoras del mismo régimen, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de su situación personal y concreta.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones indicó que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, por lo que deviene la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Refirió que el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora la demandante utilizar su propia culpa para beneficiarse.

6.3. AFP Porvenir S.A. Esgrimió que el traslado efectuado por la parte 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. 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 el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 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 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 Gilma Lucia Cañón Ruíz se afilió inicialmente al ISS, hoy Colpensiones el 18 de septiembre de 1992, con cotizaciones al 1 de diciembre de 1995, quien se trasladó a la AFP Protección S.A. mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 0614517 del 30 de noviembre de 1995 y a la AFP Porvenir S.A. el 20 de agosto de 1996 por intermedio del formulario de vinculación núm. 775525, entidad donde se encuentra actualmente.

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 1995-, 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 perjudicarlo
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 AFP Protección S.A., esto es, 30 de noviembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de

cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 (...)".*

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 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 codemandadas 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. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado 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 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 30 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.

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. 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-).

9. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, 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 congloba de manera expresa la devolución de esos 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.

10. 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.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y 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 los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete 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 **GILMA LUCÍA**

CAÑÓN RUÍZ, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

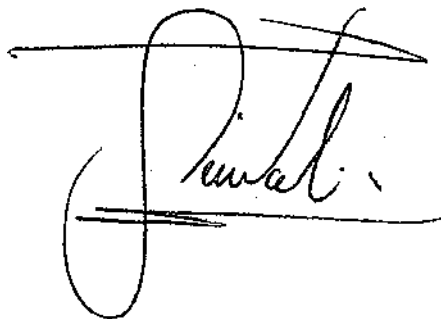
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

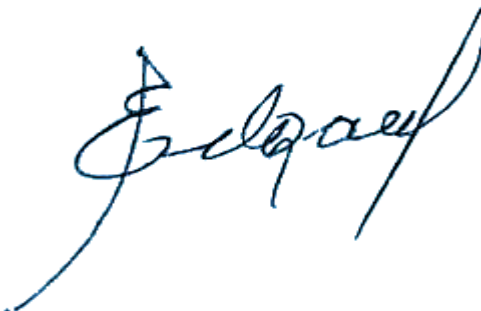
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

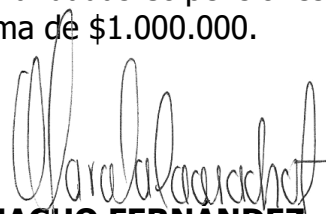


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CLAUDIA LYDDA ESPERANZA CONTRERAS VENEGAS
Demandados: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
Radicación: 03-2021-00521-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Claudia Lydda Esperanza Contreras Venegas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS y, en consecuencia, se ordene a esta última trasladar los saldos consignados en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones, entidad que deberá reactivar si solución de continuidad su afiliación; 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 el mes de julio de 1982 hasta marzo de 1994, data en la que un funcionario de Colfondos S.A. le brindó información engañosa, haciéndola caer en error, sin que le haya ofrecido información suficiente y completa sobre las ventajas y desventajas del traslado.

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 la demandante se trasladó al RAIS de manera libre y voluntaria, por lo que no hay causal para declarar nulo el traslado de régimen. Dijo que aquella decidió que su pensión estuviera regida por el RAIS y ello fue debido a la información que recibió por la AFP, sin que pueda trasladarse al RPD, ante la prohibición legal. Propuso como excepciones de mérito las que denomino la imposibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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 001 de 2005 que adiciono el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

3.2. Colfondos S.A. Presentó oposición a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda manifestando que brindó a la demandante una asesoría completa respecto de las implicaciones de trasladarse de régimen, así como las ventajas y desventajas, como también la rentabilidad que producen los aportes. De acuerdo con lo anterior, indicó que fue aquella quien suscribió el formulario de vinculación sin que se evidencien vicios del consentimiento. Formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, 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.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de octubre de 2021, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia del traslado realizado al régimen de ahorro individual, por lo que dispuso condenar a Colfondos S.A trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibir con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bono pensional, así como indexados los descuentos que realizó por conceptos de gastos de administración, primas de seguro previsional, primas de seguros previsionales y comisión del Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado de los aportes, activando la afiliación, así mismo, a actualizar información de la historia laboral en semanas de tiempo cotizado. Por último, gravó en costas a la parte demandada.

La decisión del Juez tuvo sustento jurídico en el referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL 31989 de 2008, SL54814 de 2008 y SL1688 de 2019. Precisó que desde la conformación de las AFP existe el deber de información que permita suministrar a los afiliados la información clara y suficiente para efectuar el traslado del régimen pensional, esto evidenciado en distintas normatividades que se encontraban vigentes a la fecha de la afiliación -1999-. En el mismo sentido, para el caso especial en el que el empleador de la demandante era quien poseía el formulario de afiliación de Colmena hoy Protección S.A. el cual hizo firmar a la actora, se considera que la AFP hizo uso de un intermediario para provocar la afiliación sin el debido cumplimiento del deber de información.

Indicó que la carga de la prueba se encuentra en cabeza de la AFP para demostrar el cumplimiento de este deber de información que es claramente resaltado en la jurisprudencia nacional, así como también la insuficiencia de la presentación del formulario de afiliación que dé fe sobre la información suministrada a la afiliada. Respecto de la convalidación entre traslados horizontales, el a quo fue enfático en establecer que este fenómeno no se da con el traslado entre entidades del mismo régimen, sino que quedan sin efecto todos los traslados posteriores del primero si de este se predica la ineficacia.

Finalmente, en lo que tiene que ver con las consecuencias de la ineficacia, reiteró lo adocetrinado por la Corte Suprema de Justicia, la cual sostiene que los efectos de esta declaratoria son la devolución de todos los conceptos referentes a la afiliación incluyendo las cotizaciones y los rendimientos causados, junto con los gastos de administración y seguros previsionales de la demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** formuló recurso de apelación argumentando que no se le puede imponer condena alguna por concepto de costas procesales o cualquier otra, toda vez que la demandante se encuentra impedida para efectuar traslado al régimen de prima media, pues esta próxima a cumplir el requisito de la edad para acceder a una eventual pensión

de vejez. Refirió que se pudo constatar que no fue obligada a desafiliarse del seguro social, tampoco para afiliarse al fondo privado, siendo claro que su determinación fue absolutamente espontánea, libre y en ningún momento se vio constreñido su libre consentimiento. Indicó que la actora no se acercó a Colpensiones a pedir información y, por el contrario, ratificó en varias ocasiones su ánimo de permanecer en el RAIS.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor aduciendo que se probó el incumplimiento por parte de la AFP del deber de brindar información transparente, cierta, suficiente, congruente, sensata y oportuna, sin indicarle cuales eran las ventajas y desventajas de su traslado.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones refirió que en ningún momento la demandante fue obligada a afiliarse a fondo privado alguno, acaecimiento angular que relieves la hipótesis de que la aludida elección fue absolutamente espontánea, libre y sin verse restringido su consentimiento en la desafiliación del otrora Instituto de Seguros Sociales, por lo que la afiliación fue plenamente válida.

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.

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?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vii) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

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. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Claudia Lydda Esperanza Contreras Venegas se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el mes de julio de 1982, con cotizaciones hasta el 30 de marzo de 1994, quien se afilió a Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías el 11 de junio de 1994, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 113710, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente, según aceptación 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 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-, 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 Colfondos S.A., esto es, 11 de junio de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 (...)".

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 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 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 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 estos conceptos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo dedujo el fallador de primer grado.

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 el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun 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 demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

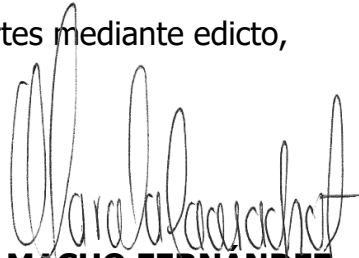
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

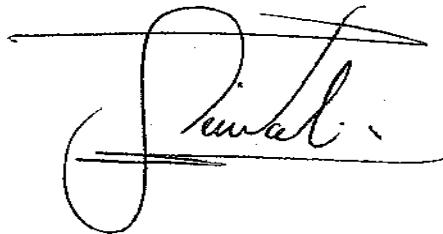
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de octubre de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

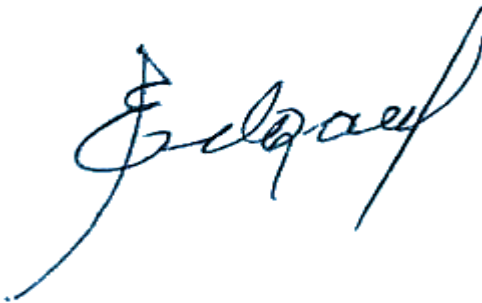
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

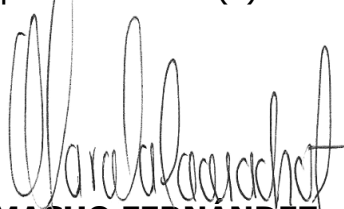


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: ARSENIO BETANCOURT QUIÑONES
Demandados: COLPENSIONES Y AFP PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 30-2021-00101-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Arsenio Betancourt Quiñones instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la nulidad del traslado efectuado al RAIS y, en consecuencia, ordenar su afiliación a Colpensiones, con la consecuente devolución de sus aportes y rendimientos que se encuentran en la cuenta de ahorro individual indexados; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 14 de diciembre de 1958, cuenta con 1.309,44 semanas de cotización y no recibió de AFP Protección S.A. información sobre los efectos del cambio de régimen que hizo, quien debió entregar un plan de pensiones aprobado por la Superintendencia Bancaria, así mismo, realizar una comparación de las pensiones en los dos regímenes. Advirtió que no recibió asesoría por parte del RASI ni por el RPM.

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 esta acción es con fines de tener beneficios económicos, en tanto que el traslado se encuentra ajustado al artículo 13 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al régimen de ahorro individual, lo que significa que existe una ratificación tácita que trata el artículo 1754 del C.C. y perfeccionamiento acto ineficaz, artículo 898 del C.Co. Propuso como excepciones de mérito las que denominó perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad y genérica.

3.2. AFP Protección S.A. Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones incoadas con fundamento en que el acto de traslado fue un acto existente, válido, exento de vicios en el consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, y ello se encuentra corroborado con la firma del formulario de vinculación. Refirió que el acto jurídico de traslado cumplió con los requisitos de existencia y validez, el cual no puede ser ineficaz con solo hacer alusión a las expectativas económicas de la pensión. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de mayo de 2022, en la que la falladora de primer grado declaró ineficaz el traslado de régimen pensional que se hizo al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Protección S.A. devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo de vinculación. Ordenó a esta última actualizar la información en la historia laboral y gravó en costas únicamente al fondo de pensiones privado.

Para arribar a tal decisión indicó que a raíz de la expedición de la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre del 2014, radicado 46292, debe verificarse si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resultó ineficaz, posición que se ha mantenido en la actualidad. De esta manera, señaló que el fondo de pensiones está obligado a demostrar en juicio que entregó información y como en el presente caso no lo hizo, debe asumir las consecuencias jurídicas del caso, debiendo por tanto ordenar la devolución de todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con los rendimientos, condenando la devolución de los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, en virtud de lo dicho por la alta Corporación.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Protección S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación señalando que la deducción del dinero de la cuenta de ahorro individual del demandante por concepto de gastos de administración se realizó como consecuencia de una disposición legal válida, exequible, aplicable y vigente, por lo que se trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de los dineros. Refirió que, en caso de declararse la nulidad de la eficacia del traslado, la consecuencia jurídica sería que las cosas vuelvan al estado anterior, debiendo devolver únicamente los aportes, máxime cuando tuvo una buena gestión.

5.2. Colpensiones. Como fundamento de su alzada esgrimió que en Colombia existen múltiples procesos ordinarios laborales tendientes a declarar la ineficacia del traslado a los fondos de pensiones por falta de buen consejo, lo cual está obligando a Colpensiones a recibir y afiliar del demandante, por un hecho que no cometió, sin que exista prueba alguna de que es la causante de la falta de información. En consecuencia, dijo que deberá ser el fondo de pensiones que reconozca el eventual derecho pensional, en función de proteger efectivamente los dineros que corresponde a todos los afiliados del régimen de prima media.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Demandante. Alegó en su favor solicitando que se tenga en cuenta los argumentos esbozados en la demandada, en lo que concierne al deber de la información, no pudo demostrar a lo largo del proceso, pues es inexistente prueba de que dicha información se haya suministrado en debida forma.

6.2. Colpensiones. Refirió que las sentencias condenatorias que ordenan a la entidad a recibir a los afiliados del RAIS, imparten una justicia incompleta o parcialmente desacertada, ya que reconoce el derecho del afiliado a retornar al RPM pero dicha decisión afecta gravemente los derechos de la entidad quien se ve obligada aceptar la afiliación, actualizar la historia laboral y reconocer la prestación pensional cuando se cumple con los requisitos para ese efecto, es decir, estaría siendo condenada por un hecho que no cometió o sin que exista una causa generadora que pruebe que la entidad fue la causante del traslado y la falta de información durante la afiliación al RAIS.

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.

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 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. Además de ser un hecho aceptado por las demandadas, no fue discutido en la alzada por las partes que Arsenio Betancourt Quiñones se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 26 de mayo de 1995, con cotizaciones hasta el 21 de junio de 1998, situación que se puede verificar de la historia

laboral allegada por la entidad. Así mismo, evidencia la Sala que se afilió a Colmena ING hoy AFP Protección S.A. el 19 de mayo de 1998, mediante la suscripción de formulario de afiliación núm. 1010359417, fondo de pensiones donde se encuentra actualmente, según aceptación 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 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 1998-, 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 acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 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	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

	laborales y autonomía personal	
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 perjudicarlo
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 el actor se trasladó a la Colmena ING hoy AFP Protección S.A., esto es, 19 de mayo de 1998, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 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 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 contrario a lo señalado por la censura, 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 y reconocer eventualmente cualquier prestación económica, 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-). En ese sentido, la solicitud elevada en el recurso de apelación, esta llamada al fracaso.

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 estos conceptos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), tal y con acierto lo dedujo la falladora de primer grado.

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.

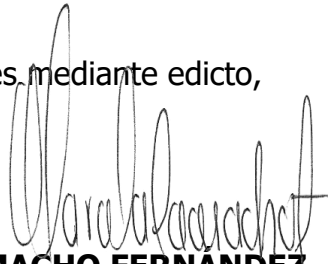
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

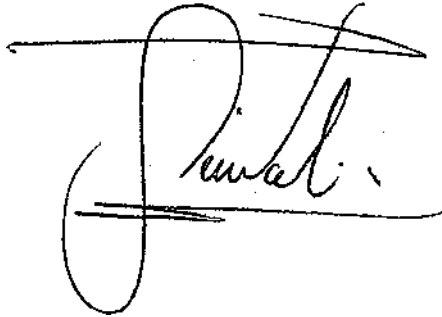
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de abril de 2021, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de Colpensiones.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

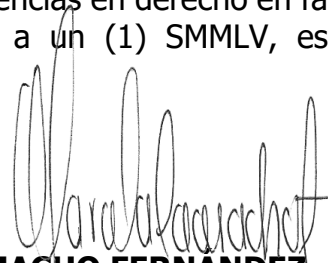


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 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: SUMARIO LABORAL
Demandante: JUAN CARLOS CONDE CAICEDO
Demandada: MEDIMÁS EPS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN
Radicación: 110012205-000-2022-01601-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA –GASTOS MÉDICOS -CONFIRMA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandada contra la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022, por la Superintendencia Nacional de Salud.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juan Carlos Conde Caicedo presentó solicitud ante la Superintendencia Nacional de Salud con el propósito de que se ordene el reconocimiento económico derivado de los gastos en que incurrió por concepto de servicio terapéutico integral con énfasis en neurodesarrollo por valor de \$8.344.000.

Como fundamento de su pretensión señaló en síntesis que su menor hija padece de histoplasmosis cerebral meningitis TBC complicada e hidrocefalia con secuelas neurológicas, que le impide valerse por sí misma, teniendo una discapacidad del 87% a causa de las citadas patologías. Refirió que, debido a las constantes negativas por parte de la EPS Comfenalco Valle hoy Medimás EPS S.A.S., presentó acción de tutela, misma que le fue concedida, ordenando el juez constitucional el tratamiento integral de las enfermedades padecidas.

Precisó que ante la negativa de la EPS de dar continuidad al tratamiento terapéutico con enfoque en neurodesarrollo en la ciudad de Cartago – Valle del Cauca, ordenado por el Dr. Santiago Cruz, neurólogo infantil y, pese a que radicó incidente de desacato en contra del representante legal de la accionada, junto con su esposa decidieron acudir al servicio médico particular de la IPS CIES Neurorrehabilitación Integral S.A.S., entidad que les facturó un total de \$8.344.000, por concepto de terapias de rehabilitación, física de neurodesarrollo, foniatría, fonoaudiología de neurodesarrollo, ocupacional de neurodesarrollo y modalidades hidráulicas, realizadas a la menor en los meses de octubre a diciembre de 2019. (Expediente digital, PDF 01 ESCRITO DE DEMANDA SUBSANADO).

2. Contestación de la demanda. Dio contestación oponiéndose a la pretensión de la demandada, argumentando que las razones de negación de la solicitud de reembolso radican en que la fecha de la petición supera los 15 días siguientes posteriores al alta del paciente, por tanto, se considera extemporánea, además, no existe evidencia de incapacidad, imposibilidad, negativa justificada o negligencia demostrada de la EPS para cubrir las obligaciones para con su usuaria. No formuló excepciones de fondo. (Expediente digital, CONTESTACIÓN J-2021-1530).

3. Decisión de Primera Instancia. La Superintendencia Nacional de Salud profirió fallo el 25 de agosto de 2022, en el sentido de acceder a las pretensiones de la demanda, ordenando a la encartada reconocer y pagar la suma de \$8.344.000.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, la juez de primer grado tras citar el informe médico del Dr. Hernando Enrique Quevedo, indicó que son claras las razones que motivaron al demandante a acceder a título particular a los servicios que requería para el tratamiento de los diagnósticos de su menor hija en condición de discapacidad, incluso tuvo que interponer acción de tutela e incidente de desacato para salvaguardar sus derechos, toda vez que su aseguradora, a pesar de conocer sus patologías, incumplía con sus obligaciones dentro del SGSSS.

Considerar que la EPS accionada no garantizó la prestación efectiva del servicio de salud relacionado con los servicios de terapia integral enfocada en neurodesarrollo, según lo prescrito por el profesional médico tratante y en las mismas condiciones y cantidad por él definidas, además, desconoció que la menor es una persona con triple protección constitucional, por ser paciente con discapacidad severa, contaba con sentencia de tutela que amparó sus derechos fundamentales y por ser menor de edad. Así, indicó que la usuaria tenía derecho a una atención preferente, integral, oportuna, continua y de calidad, en aras de salvaguardar la salud y vida en condiciones dignas y, en ese orden, como fue desconocido por la pasiva, debía acceder a la pretensión expuesta en el libelo introductor.

(Expediente digital, PDF 0-EXPEDIENTE DIGITAL J-2021-0370, págs. 23 a 42).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **accionada** interpuso recurso de apelación argumentando que el actor no dio cumplimiento a su obligación de solicitar el reembolso dentro de los parámetros exigidos por lo que ante dicho vacío existe imposibilidad de su cumplimiento.

Así las cosas, procede la Sala a desatar la alzada, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la accionada se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPT y SS 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: ¿Erró la A quo al considerar que Juan Carlos Conde Caicedo tiene derecho al reconocimiento del reembolso de los gastos médicos en que incurrió, como consecuencia de encontrar negativa injustificada y negligencia por parte de la EPS en el suministro de las terapias que requería su menor hija como consecuencia de la orden médica que expidió el galeno especialista tratante?

3. Competencia del Tribunal para conocer de los procesos adelantados ante la Superintendencia. En primer lugar, es necesario indicar que la presente acción se inició con base en lo dispuesto en el artículo 41 de la Ley 1122 del 2007 que faculta a la Superintendencia Nacional de Salud, conforme lo establece el artículo 116 de la Constitución Nacional, para conocer y fallar en derecho con carácter definitivo y con las facultades propias de un juez; norma que fue adicionada por el artículo 126 de la Ley 1438 del 2011, que dispuso que la Superintendencia conocerá y decidirá sobre el reconocimiento y pago de las prestaciones económicas por parte de la EPS o del empleador. Y se debe señalar que, conforme al numeral 1º del artículo 30 del Decreto

2462 de 2013, este Tribunal es competente para conocer el recurso de apelación interpuesto por la accionada, en tanto su domicilio corresponde a la ciudad de Bogotá.

4. Reembolso de gastos médicos. Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, cumple destacar por la Sala que en términos del artículo 49 de la Constitución política, el derecho fundamental a la salud tiene una doble connotación, pues por un lado está regulado como un derecho constitucional autónomo e independiente, pues comporta que todo ser humano pueda “*–mantener la normalidad orgánica funcional, tanto física como en el plano de la operatividad mental, y de restablecerse cuando se presente una perturbación en la estabilidad orgánica y funcional de su ser^{1d}*”; y por otro, en un servicio público de carácter esencial, correspondiéndole por ello al estado no solo organizar, sino además reglamentar su prestación, según los fines de eficiencia, universalidad y solidaridad. En ese sentido, es quien debe promover y facilitar el acceso de todos los ciudadanos a los servicios óptimos de salud, a los programas de prevención y promoción y a la atención médico asistencial de profesionales de la salud que respondan a las necesidades de los pacientes, así como prestar una atención integral al paciente.

Es por ello que conforme con lo establecido en el artículo 177 de la Ley 100 de 1993, el legislador encomendó a las Entidades Promotoras de Salud la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados, prestando directamente o contratando los servicios de salud con las instituciones prestadoras de salud, quienes a su vez, en virtud de lo dispuesto en el artículo 185 de esta misma preceptiva, deben prestar los servicios en el nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los principios básicos de calidad, continuidad y eficiencia.

Bajo tal contexto, las Entidades Promotoras de Salud tienen la función primordial de garantizar la prestación del plan de beneficios de salud de los afiliados y de disponer una red de servicios, quienes a su vez tiene la responsabilidad de prestar los servicios de salud, siendo un trabajo mancomunado y coordinado entre aquellas, todo en aras de garantizar atención de manera continua, oportuna y eficiente.

De manera que cuando aquella no atienda esos postulados y, por tanto, los usuarios del subsistema de seguridad social en salud tengan que asumir gastos por la prestación de los servicios de salud, estos tendrán derecho a que su EPS le reconozca los gastos que haya incurrido, siempre que hayan concurrido los siguientes presupuestos, en los términos del artículo 14 de la Resolución núm. 5261 de 1994 y literal b, del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007:

1. Por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una Institución Prestadora de Servicios de Salud (IPS) que no tenga contrato con la respectiva Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen.
2. Cuando el usuario haya sido expresamente autorizado por la Entidad Promotora de Salud (EPS) o entidades que se le asimilen para una atención específica.
3. En los eventos de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud o entidades que se le asimilen para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.

Ahora bien, cabe destacar que frente al valor del reconocimiento que la EPS tenga que hacer como consecuencia de hallarse demostrados tales presupuestos, el artículo 14 de

¹ Sentencia de Tutela No. 0001 de 2018 con ponencia de la Magistrada Cristina Pardo Schlesinger

la Resolución núm. 5261 de 1994, señala que "*Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga establecidas el Ministerio de Salud para el sector público*", los cuales se encuentran en el denominado Manual Tarifario de Salud, conocido como Valor Tarifas SOAT, derivados del Decreto 2413 de 1996. Esta última preceptiva establece los costos de los procedimientos médicos, quirúrgicos y hospitalarios, en que se incluye las tarifas establecidas en salarios mínimos legales diarios vigentes.

5. Caso en concreto. De cara a los supuestos esbozados, en lo que concierne a la atención, está demostrado que la institución prestadora de servicios de salud Humanizar Salud Integral S.A.S., le dispensó el servicio médico a la menor como consecuencia de las secuelas severas derivadas de la meningitis bacteriana e histoplasmosis, con diagnósticos de epilepsia tipo no especificado, otras formas de escoliosis y retraso mental grave, deterioro del comportamiento de grado no especificado, oportunidad en la que el galeno tratante, como plan de manejo, ordenó ortopedia ocupacional con enfoque neurodesarrollo, terapia fonoaudiología con enfoque en neurodesarrollo, fisioterapia con énfasis en neurodesarrollo e hidroterapia 12 sesiones por mes, sin que de entrada se evidencie por la Sala que tal disposición médica haya sido materializada por parte de la EPS accionada, pese haber sido autorizadas por aquella.

Lo anterior, en tanto que tampoco se halla constancia ni justificación tendiente a demostrar el motivo de la desatención del servicio de salud previamente ordenado por el galeno tratante. Por el contrario, lo que se evidencia es que los padres de la menor, acudieron a la IPS CIES Neurorehabilitación Integral S.A.S., para que le fueran realizadas las terapias señaladas en precedencia, cancelando con su propio patrimonio el valor de estos y aun cuando existía una orden emitida por un juez constitucional, que también fue desatendida por la convocada a juicio.

Con ello y en aras de resolver la cuestión que pone de presente la censura, la Sala advierte que en lo que atañe a la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la EPS accionada, ésta aduce que cuenta con una amplia red de prestadores de servicios que garantizan el suministro del servicio, de manera que el actor en forma injustificada y caprichosa decidió renunciar a esos servicios para acceder de manera particular. No obstante, tal aseveración debe ser desestimada, pues, como se dijo en líneas atrás expuestas, la llamada a juicio no allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ofreció oportunamente la institución prestadora de salud, para su práctica.

En este sentido, es evidente que a pesar de que la pasiva aduce que contó con la capacidad para prestar el servicio ordenado, en tanto que tiene una red prestadora de servicios de salud para tal efecto, empero es claro que no materializó la orden médica a través de dichas instituciones, pese al requerimiento que elevó el actor, aspecto que no controvierte la accionada, sin que exista en el plenario acreditada con suficiencia alguna justificación o motivo de su renuencia.

Es del caso precisar que en el presente asunto no se halla satisfecha una de las dimensiones del derecho fundamental a la salud y que se expuso con anterioridad, esto es, la prestación efectiva, real y oportuna del servicio médico, toda vez que la menor al ser un paciente con diagnóstico de meningitis bacteriana e histoplasmosis, epilepsia tipo no especificado, otras formas de escoliosis y retraso mental grave, deterioro del comportamiento de grado no especificado, cuyas patologías le arrojaron un 87% de discapacidad, requería oportunidad y continuidad en el tratamiento médico, por tanto, debió prestar los servicios de salud de manera eficiente y efectiva, en aras de garantizar un tratamiento integral, adecuado y especializado conforme a las enfermedades padecidas.

A lo que se suma el argumento esgrimido por la convocada a juicio no resulta suficiente para socavar la sentencia de primer grado, ya que el actor al plantear en su escrito inicial una negación indefinida en relación a que no le fueron suministradas a la paciente las terapias ordenadas por el galeno especialista por negligencia de la EPS, debió la demandada acreditar la disponibilidad en la IPS para llevar a cabo el servicio médico, pues recuérdese que las negaciones indefinidas no requieren prueba conforme lo establece el artículo 167 del CGP, de manera que la convocada tenía la carga de demostrar que no solo contó con la red de prestador para el servicio, sino, además, que tenía la disposición para realizar las terapias ordenadas. No obstante, del material probatorio obrante en el expediente, no se advierte acreditada esa circunstancia, solo se encuentra el propio dicho de la pasiva, el cual lejos está de tenerse en cuenta, ya que por sabido se tiene que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

Bajo ese entendido, considera la Sala que, contrario a lo aducido en la alzada, en el presente caso sí se encuentran acreditados los presupuestos establecidos por la Resolución 5261 de 1994, para la procedencia del reembolso, pues en el examine se configura la incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con el usuario, debiéndose mantener incólume la sentencia de primer grado. Acotando que, aunque las solicitudes de reembolso no fueron presentadas por el actor dentro de los 15 días a la fecha de la prestación del servicio médico, como lo exige la citada disposición, tal falencia no es un argumento suficiente para negar el reembolso, en tanto que aquello es un presupuesto meramente administrativo y no quedó contemplado dentro de la norma como condición para su exigibilidad.

Por lo brevemente expuesto, se mantendrá la decisión que sobre tal aspecto bien tomó la A quo.

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

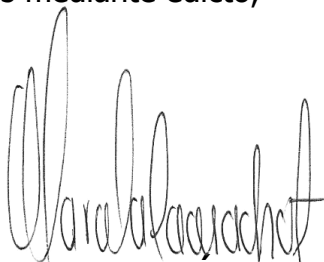
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2022 por la Superintendencia Nacional de Salud, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

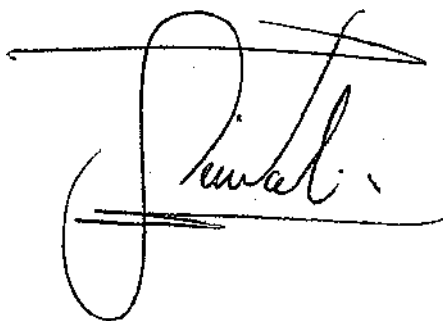
SEGUNDO: COMUNICAR a las partes el presente fallo por el medio más expedito, conforme al artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

TERCERO: DEVOLVER el expediente a la SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, una vez agotado el trámite de rigor.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



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: CARMEN ALICIA RÍOS GUTIÉRREZ
Demandados: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
Radicación: 07-2020-00118-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. MICHAEL CORTÁZAR CAMELO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Carmen Alcira Ríos Gutiérrez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Colfondos S.A. con el propósito de que se declare la nulidad del traslado realizado al RAIS, y en consecuencia, se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, lo extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 21 de mayo de 1961; que estaba afiliado al ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 24 de mayo 1981 hasta el 03 de mayo del 2001; que se trasladó a Colfondos S.A. el 25 de abril de 2001; que intentó regresar a COLPENSIONES, pero le ha sido negado; que el 7 de marzo de 2018 la AFP Colfondos S.A. género proyección de la mesada pensional, en la que en el régimen de prima media obtendría una pensión de \$1.724.074, mientras que en el RAIS sería de un salario mínimo; que solicitó la nulidad del traslado ante COLPENSIONES, pero le fue negada; que Colfondos S.A. no le brindó la información necesaria para conocer los beneficios y riesgos de los regímenes, omitiendo el deber de información. (Expediente electrónico.

PDF 01PoderDemanda.pdf)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico. PDF 10NotificacionAgencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colfondos S.A.: Estando dentro de la oportunidad procesal pertinente se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que la demandante está dentro de la prohibición del artículo 13 de la ley 797 del 2003, ya que si le brindó la información necesaria para que tomara una decisión libre y voluntaria acerca del cambio de régimen,

lo que se ve reflejado en el formulario de afiliación; que el traslado se dio libre de vicios y cumpliendo las exigencias del artículo 11 del Decreto 692 de 1994; que la demandante ha estado por más de 20 años afiliada al RAIS y dentro de este tiempo no se evidenció inconformidad. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia 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 administradoras por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar el traslado y compensación y pago. (Expediente electrónico. PDF 15ContestacionDemandaColfondos.pdf)

3.2. Colpensiones.: 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 se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de aquella, lo que ratifica que la demandante realizó el cambio de régimen de manera libre y voluntaria; la demandante se encuentra en la prohibición de la ley 797 del 2003 en su artículo 2. Propuso como excepciones a las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, 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 y la genérica (Expediente electrónico. PDF 16ContestacionDemandaColpensiones.pdf Pág. 1 a 44)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de noviembre de 2022, en la que el fallador de primer grado declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la actora al RAIS y, en consecuencia, ordenó a Colfondos S.A. a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado. Así mismo, ordenó la devolución del porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Ordenó a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad, y condenó al pago de costas a las demandadas.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena en el sentido de declarar la ineficacia del acto.

En ese orden, ordenó que COLFONDOS S.A. debe trasladar a COLPENSIONES los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, dinero que debe incluir la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros que se causen hasta la fecha, porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos.

Manifestó que en este tipo de procesos no aplica el fenómeno de la prescripción por tratarse de derechos de la Seguridad Social de carácter imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **Colpensiones**, quien manifestó que dentro del proceso si se evidenció que se le dio la información a la parte actora; que para el momento del traslado no se exigía solemnidades en el deber de información, y que en ningún caso exigía brindar información de las consecuencias y beneficios, ya que lo único que existía para el momento de la afiliación es brindar información acerca de los regímenes; que se está solicitando una prueba inexistente ya que solo se tiene el formulario de afiliación; que para el año 2001 no era necesario el deber de la doble asesoría; que Colpensiones ha actuado de buena fe; que la actora no cumple los presupuesto de la sentencia SU-062 de 2010; que se está afectando el principio de sostenibilidad financiera debido a que el régimen de prima media funciona por reparto y no por un ahorro individual.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal COLPENSIONES 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

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones, se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 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 haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos, debidamente indexados?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y (vi) ¿debe ser revocada la condena en costas en contra de Colpensiones?

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 Carmen Alicia Ríos Gutiérrez cotizó en la Cada de Previsión Social desde el 05 de junio de 1981 hasta el 31 de diciembre de 1995, conforme aparece en el certificado de información laboral del Ministerio de Hacienda y Crédito público (Expediente electrónico PDF 18. Pág. 366); que reporta cotizaciones sin afiliación al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de enero de 1996 hasta el mes de abril de 2001 (Fol. 1 a 9 archivo No 17); que realizó traslado a Colfondos S.A. el día 25 de abril de 2001 como aparece en el formulario de afiliación (expediente administrativo PDF 18ExpedienteAdministrativoDemandante.pdf pág. 317), entidad donde se encuentra actualmente afiliada.

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 2001-, 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 Colfondos S.A., esto es, 25 de abril de 2001, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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 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. Actos de relacionamiento. 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, 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”.

8. 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-).

9. 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.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

10. 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.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y a favor de la demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

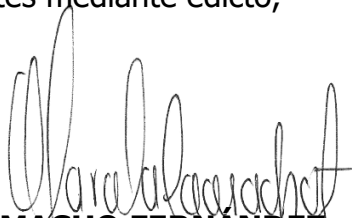
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

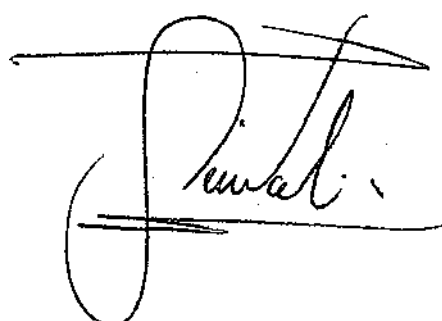
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2022, por el Juzgado Séptimo 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 Colpensiones. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

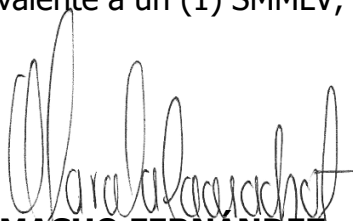


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

-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 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: HUGO EFRAÍN GARZÓN CASTRILLÓN
Demandados: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: 110013105-023-2021-00618-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. JAVIER RAMIRO CASTELLANOS SANABRIA, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Hugo Efraín Garzón Castrillón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP Protección S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS y, en consecuencia, se ordene a Protección S.A. que realice la devolución de todas las sumas de dinero, bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, gastos de pólizas por invalidez y muerte, y la devolución de los gastos de administración que han sido descontados, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo que el demandante estuvo vinculado a la AFP; se ordene a Colpensiones a recibir los aportes; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante nació el 12 de abril de 1964; que fue afiliado por su empleador al ISS, hoy Colpensiones en julio de 1982 cotizando un total de 909.43 semanas; el 10 de septiembre del año 2003, el demandante firmó el formulario de traslado a la AFP Protección S.A.; que dicha AFP no le suministró una información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características, cálculos actuariales, requisitos para adquirir la pensión ni el capital con el cual se pensionaría en el RAIS al momento de realizar la vinculación; que el 01 de octubre de 2019, el demandante radicó un derecho de petición a la AFP Protección S.A. solicitando información acerca de su vinculación, misma que le fue respondida el 01 de diciembre del 2020; que el 01 de octubre de 2019 presentó derecho de petición a Colpensiones, el cual no obtuvo respuesta. (Fols. 1 a 15 archivo No 01)

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no existen circunstancias que hayan viciado el consentimiento del demandante al momento de suscribir el formulario con la AFP Protección S.A.; que el traslado fue de manera voluntaria, acotando también, que Colpensiones no tuvo ninguna injerencia en la determinación del cambio de régimen por parte del demandante razón por la cual, el reintegro del afiliado a Colpensiones representaría un riesgo para la sostenibilidad presupuestal del sistema de pensiones. Como excepciones propuso las que denominó como la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 30 archivo No 07)

3.2. Protección S.A.: Se opuso a cada una de las pretensiones manifestando que el acto del traslado de régimen es un acto existente, válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, prueba de ello es el formulario firmado por el demandante, el cual se realizó de forma libre y espontánea, materializándose así un contrato entre el demandante y la AFP el cual conlleva derechos y deberes para ambas partes del acto jurídico. De igual forma, en cuanto al valor de la mesada pensional, era imposible el predecirla al momento de la afiliación, por lo que no hubo engaño alguno por parte del asesor comercial de la AFP. Como excepciones propuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada y genérica. (Fols. 1 a 22 archivo No 06).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de noviembre del 2022, en la que el fallador declaró la ineficacia de traslado del demandante al RAIS efectuado a Protección S.A. y en consecuencia de ello, condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administración, incluidos los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados desde la fecha de su causación hasta la fecha de su pago; condenó a Colpensiones a recibir al demandante sin solución de continuidad; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Protección S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL-31989 del 2008, SL-1452 de 2019, y la SL 2177 de 2022, en virtud de las cuales, según lo previsto en los artículos 13, literal b) de la ley 100 de 1993, el artículo 1604 del Código Civil, el Decreto 663 de 1994 y el Estatuto Orgánico y Financiero de la época, debía garantizarse la debida información al afiliado al momento del traslado. Por lo anterior, lo que debió verificarse es sí el acto jurídico suscrito entre el demandante y Protección S.A. es eficaz.

En este sentido, discurrió que las AFP están en la obligación de brindar una información completa, suficiente y necesaria a los futuros afiliados para que, de esta manera, se pueda tomar una decisión libre y espontánea teniendo conocimiento de los riesgos que implica la decisión de cambiarse de régimen pensional. También manifestó que el simple hecho de que el demandante hubiese firmado el formulario de afiliación no satisface ni prueba el deber de información que ostenta la AFP.

En conclusión, el a quo consideró que Protección S.A. no logró demostrar que haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo cual, la consecuencia no fue otra que declarar ineficaz el traslado de régimen pensional, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado bajo la ficción jurídica que nunca se ha trasladado la parte actora al RAIS, adicionalmente, se ordena la devolución por parte de Protección S.A. de las cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados, los gastos de administración y sumas adicionales de la aseguradora, sin lugar a descuento alguno. Finalmente, declaró no probada la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación, argumentando que no existen elementos probatorios que evidencien vicios del consentimiento o dolo debido a que no hay una expectativa legítima por parte del demandante, toda vez que al momento del traslado contaba con menos de 750 semanas y no cumplía con la edad para acceder a una pensión de vejez; que no cumple con los parámetros de la sentencia C-789 del 2002. También argumenta que la parte demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado que señala la ley 797 del 2003 y no es beneficiario del régimen de transición, por lo cual no le es aplicable dicho beneficio. Por otro lado, argumenta que la simple manifestación de inconformidad con el valor de la pensión por recibir no constituye prueba alguna de que fue engañado a la hora de suscribir el formulario de cambio de régimen pensional. De igual manera, anota que el demandante estuvo 15 años en el RAIS sin presentar inconformidad alguna, lo cual prueba que su traslado fue de manera libre y voluntaria.

6. Alegatos de conclusión. Dentro de la oportunidad procesal solicitó que se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que el actor 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 del 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 declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución integral de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS.

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 favor de COLPENSIONES 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 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 indexados?; (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 tiene que el señor Hugo Efraín Garzón Castrillón venía cotizando al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 12 de julio de 1982 hasta el 31 de diciembre de 1999 (Historia Laboral, archivo no 01. Pág. 34); que el 10 de septiembre del año 2003, se trasladó a PROTECCIÓN S.A. (Fol. 41 archivo no 01), administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente.

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 2003-, 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 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 perjudicarlo
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 el actor se trasladó a la AFP Protección., esto es, el 10 de septiembre de 2003, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca 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 el actor 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 al actor, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si 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.

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 adocinado 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. Actos de relacionamiento. 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”.

8. 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-).

9. 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), 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.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos junto con la indexación y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

10. 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.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

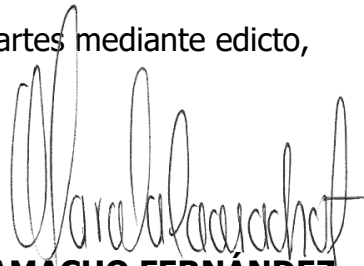
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

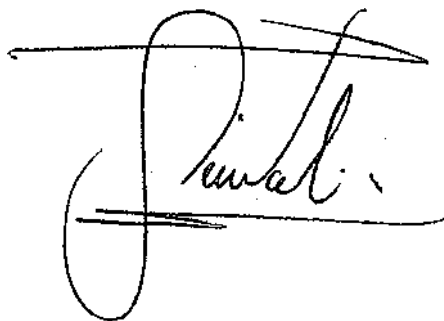
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre de 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a 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 FERNÁNDEZ
Magistrada



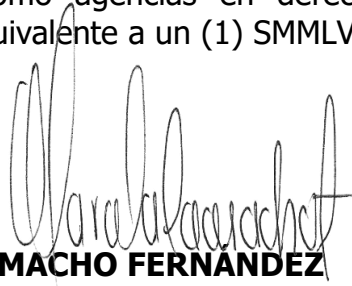
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo 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: LUCINDA DÍAZ CLEVES
Demandados: COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A.
Radicación: 11001310501420200027600
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. Lucinda Díaz Cleves instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS efectuada inicialmente hacia Colfondos S.A. y posteriormente a Porvenir S.A.; que en consecuencia, se condene a Porvenir S.A. a realizar el traslado de los aportes realizados por concepto de cotizaciones de pensión hacia Colpensiones y que está a su vez acepte dichos aportes, y registre a la demandante al RPM sin solución de continuidad; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió a la Caja de Previsión Social el 27 de enero de 1987; que se trasladó a Colfondos S.A. el 01 de diciembre de 1999; que Colfondos S.A. no le brindó la información pertinente de manera clara y comprensible, al igual que no puso en su conocimiento las ventajas y desventajas de realizar el cambio de régimen pensional; que se trasladó a Porvenir S.A.; que el 22 de mayo del 2020 radicó formulario de traslado de régimen ante Colpensiones, el cual obtuvo respuesta negativa; que el 3 de junio del 2020 le envía derecho de petición a Colfondos S.A. con el fin de que esta AFP le invalide la afiliación, solicitud que fue respondida de manera negativa el 17 de junio del 2020. (Fols. 1 a 22 archivo No 04)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Folio del 1 al 2 archivo No 20); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS desde que suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria, también mencionó que la demandante al momento de efectuarse la afiliación al RAIS no se encontraba inmersa en las causales de prohibición indicadas por la ley vigente, por ende, su traslado es válido; que la suscripción del formulario denota aceptación de las características del RAIS. Como excepciones de mérito propuso las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, 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, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de la causa para pedir, presunción de la legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 29 archivo No 17)

3.2. Colfondos S.A.: La AFP presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas argumentando que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. En la asesoría se le suministraron las características del RAIS, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RPM y el RAIS, las ventajas y desventajas, y el derecho de rentabilidad que producen los aportes al RAIS. Por su parte también informa que la demandante no aporta elementos probatorios que permitieran demostrar que la vinculación a la AFP fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento, prueba de ello es la suscripción de manera libre y voluntaria del formulario de afiliación. Como excepciones propuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios de 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 del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 14 archivo No 14).

3.3 Porvenir S.A. La AFP se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda toda vez que la demandante al momento de suscribir el formulario de afiliación lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada, ello en la medida en que recibió asesoría de manera verbal con la información suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencias que acarrea el tomar la decisión de trasladarse de régimen pensional. También argumenta que le competía a la demandante acreditar los supuestos en los cuales se fundan sus pretensiones, cosa que no se aporta en la demanda. Como excepciones propuso 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. (Fols. 1 a 20 archivo No 19)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de septiembre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del acto de traslado que hizo la demandante del RPM al RAIS administrado por la AFP Colfondos S.A. señalando que, como consecuencia de tal declaración es que, ningún efecto jurídico surtió el traslado y por tanto, siempre estuvo afiliada al RPM administrado por Colpensiones; Ordenó a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el saldo total de la cuenta individual de ahorro, incluyendo los rendimientos financieros, sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, obligación que también recae el Colfondos S.A.; Ordenó a Colpensiones a registrar en la historia laboral de la demandante los aportes que realizó en el RAIS; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a las partes demandadas.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL-1688 de 2019, la SL-4811 de 2020, y la SL-2837 de 2020. Así las cosas, manifestó que lo que se debe analizar es si las AFPs demandadas cumplieron con el deber legal de brindar la correspondiente información, tanto las ventajas y las consecuencias a la futura afiliada.

En ese sentido, consideró que, si bien las AFPs aportaron como prueba documental el formulario de afiliación, este no es suficiente para predicar que existió una decisión informada, por lo que el requisito de la información con la suscripción de dicho documento no se encuentra satisfecho.

En conclusión, la a quo consideró que tanto Porvenir S.A. y Colfondos S.A. no lograron demostrar en el juicio que se le haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución de los aportes efectuados por la afiliada durante toda su vida laboral al RPM administrado por Colpensiones. Declaró no probada la excepción de prescripción, y gravó en costas a las demandadas.

5. Impugnación y límites del ad quem. En oportunidad procesal pertinente **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación sosteniendo que no se tuvo en cuenta que Colpensiones es un tercero ajeno a los actos jurídicos celebrados entre la parte actora y las AFPs, y teniendo en cuenta que todos los actos jurídicos tienen efectos inter partes, Colpensiones no puede ser favorecido ni perjudicado por esas decisiones; que no se puede obligar a Colpensiones a recibir a la actora, ya que se estaría afectando de manera grave el equilibrio financiero del sistema de seguridad social. De igual manera, que se hace estrictamente necesario realizar el reintegro de los valores de la cuenta de ahorro individual como lo descontado al fondo de garantías mínimas, los rendimientos pensionales, el porcentaje destinado a pagos de seguros previsionales y los gastos de administración.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 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 de nulidad; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente la devolución de gastos de administración y demás emolumentos; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que por pleno efecto de la ineficacia se hace improcedente el traslado de los rendimientos, ya que estos no se generan de la misma manera en Colpensiones.

6.2 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia al no evidenciarse el cumplimiento del deber de información.

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 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.

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) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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 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 LUCINDA DÍAZ CLEVES se afilió al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 21 de enero de 1988 con cotizaciones hasta el 31 de enero de 2000 (Fols. 30 a 31 archivo No 17 y Folio. 48 archivo No 19); que el 01 de diciembre de 1999 se trasladó a COLFONDOS S.A., con efectividad a partir del 01 de febrero del 2000 (Fols. 91 archivo No 14 y Folio. 50 archivo No 19); que se trasladó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A. el 19 de octubre de 2005 (Fol. 44 archivo No 19), entidad donde se encuentra actualmente.

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 1999-, 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 perjudicarlo
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 Colfondos S.A., esto es el, 01 de diciembre de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."*(SL1452 de 2019)

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 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, 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 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 del 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. 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 Colfondos S.A. en el año 1999, 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 01 de diciembre de 1999, 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.

8. Actos de relacionamiento. 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, 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”.

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 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877-2020, 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 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 Porvenir S.A. y Colfondos S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

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.

En el sub examine, si bien la orden de traslado de los aportes se hizo extensiva tanto a COLFONDOS S.A. como PORVENIR S.A., lo cierto es que, no congloba de manera expresa los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, así como la indexación y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia no se impondrán costas, dado que le prosperó parcialmente el recurso de alzada a COLPENSIONES en lo que tiene que ver con la devolución íntegra de los aportes. 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,

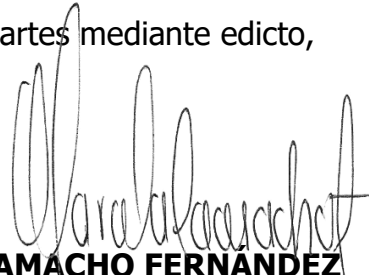
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 26 de septiembre de 2022, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP) para que trasladen si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numerales, también traslade de manera íntegra a COLPENSIONES, los **descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y sumas adicionales de la aseguradora, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

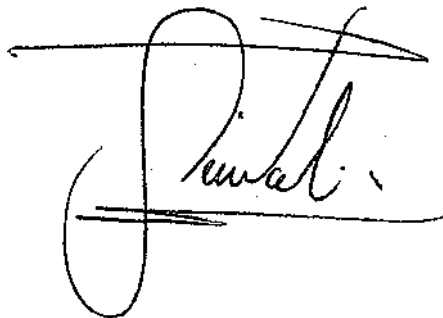
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

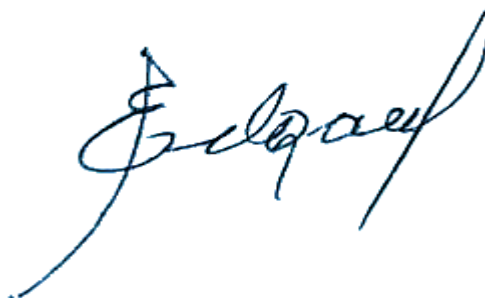
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



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: ÓSCAR MANUEL FARÍAS CORTÉS
Demandados: COLPENSIONES Y AFP APORVENIR S.A.
Radicación: 11-2020- 00463-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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. AMANDA LUCIA ZAMUDIO VELA, identificada en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Óscar Manuel Farías Cortés instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se tenga como válida la afiliación del demandante a Colpensiones, así como de manera subsidiaria pretende que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene el retorno automático al RPMPD, de manera que Colpensiones debe reactivar la afiliación; que Porvenir S.A. devuelva todos los valores que hubiera recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado. Así mismo, solicitó que Colpensiones reconozca el derecho a la pensión de vejez desde la fecha en que se acreditaron los requisitos mínimos para acceder a ella, 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 a la Caja Nacional de Previsión desde el 09 de febrero de 1981 y hasta el 28 de febrero de 1995, fecha en la que un asesor comercial de la AFP Davivir, hoy AFP Protección S.A. lo persuadió a trasladarse. Refirió que fue engañado por la AFP a través de publicidad que no se ajustaba a la realidad.

Indicó que, con posterioridad, el 05 de mayo de 1996, se trasladó al fondo de pensiones ING, hoy Protección S.A., AFP que nuevamente indica lo engañó en su traslado. Similar argumento comparte en sus posteriores traslados a HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A.; que actualmente cumple con los requisitos legales para que se le conceda la pensión de vejez, pero Colpensiones ha negado esta solicitud sosteniendo que ya no se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media. (Expediente electrónico, PDF 001 Demanda fl. 01 a 21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 05 Notificación Agencia págs. 1 y 2); 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 a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones, aduciendo que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al no existir prueba alguna de que se le hubiese hecho incurrir en error por parte de las AFP, así como tampoco se evidencia nota de protesto por parte del afiliado que llevara a concluir su inconformidad con la afiliación; que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria como se evidencia en el material probatorio allegado; que el demandante no se encuentra inmerso en los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poder trasladarse en cualquier tiempo; que sería improcedente declarar la pensión de vejez al no estar afiliado a Colpensiones. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del C.C.; descapitalización del sistema pensional; inexistencia del derecho; prescripción; caducidad; inexistencia de causal de nulidad; saneamiento de la nulidad alegada; no procedencia al pago en costas de instituciones administradoras de seguridad social del orden público; inexistencia del derecho al reconocimiento de pensión; no configuración del derecho al pago de intereses moratorios y la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 11 Escrito Contestación Colpensiones, fls. 247 a 295)

3.2. AFP Protección S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a todas las pretensiones del libelo genitor, esgrimiendo que el traslado de régimen pensional efectuado por el actor es válido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, aunado a que la AFP cumplió con su deber de asesorar y acompañar, y en ningún momento la engañó, ni mucho menos lo obligó a afiliarse a la entidad, suministrando una asesoría completa, veraz y profesional, basada en los lineamientos legales y dentro de las reglas de la sana competencia, en la cual, el demandante pudo obtener la suficiente información y conocimiento para tomar una decisión responsable y debidamente informada; que de igual forma el demandante se encuentra inmerso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada; 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 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 la innominada o genérica. (Expediente electrónico, PDF 15 Escrito Contestación Protección fls. 390 a 444)

3.3 Porvenir S.A. Quien fue llamada como litisconsorte necesaria pero no presentó contestación de la demanda en la etapa procesal correspondiente.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 08 de agosto de 2022, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante efectuado el 28 de febrero de 1995, ordenado a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora si las hubiere, primas de seguros previsionales, rendimientos financieros, frutos e intereses, comisiones y gastos de administración que se trasladarán de forma indexada con cargo a sus propios recursos. De igual forma condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones aquellos valores que hubiera recibido con ocasión de la administración como fondo de pensiones en el periodo en el que el demandante estuvo afiliado, tales como gastos de administración, comisiones, primas de seguros previsionales y sumas adicionales de las aseguradoras con sus frutos e intereses si los hubiere, que se trasladarán de forma indexada con cargo a sus propios recursos; ordenó a Colpensiones a recibir los anteriores valores y efectuar los ajustes en la historia laboral del actor, así como también ordenó reconocer y pagar la pensión de

vejez a favor del demandante una vez se acredite el retiro definitivo del sistema. Finalmente, gravó en costas a las demandadas Protección S.A. y Porvenir S.A..

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, aduciendo que la afiliación realizada por el demandante el 18 de mayo de 2018 no es válida por cuanto se encontraba inmerso en la prohibición del artículo 2 de la ley 797 de 2003 que le impedía retornar al RPMPD cuando le faltasen 10 años o menos para alcanzar la edad de pensión de vejez, así como también se acreditó que el demandante no se encuentra amparado por el régimen de transición, ni en los requisitos jurisprudencialmente establecidos que le permitan realizar el traslado en cualquier momento. Por lo anterior, la pretensión orientada en declarar como válida la afiliación al RPMPD del demandante no está llamada a proceder.

Respecto de la ineficacia del traslado, la falladora, atendiendo a las normas vigentes y a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Laboral, refirió que el cumplimiento del deber de información que se encuentra en cabeza de las AFP garantiza al potencial afiliado la toma de una decisión libre y autónoma que le permitiera contar con elementos suficientes para conocer las consecuencias de su traslado, así como también señaló que este se acredita a través de la información clara, comprensible y objetivamente verificable. En el mismo sentido afirmó que los traslados realizados al interior del RAIS no convalidan el traslado inicial. De acuerdo a lo anterior, 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, de manera que siendo los únicos medios de convicción que obran en el proceso el interrogatorio de parte y el registro de afiliación, los mismos no son prueba suficiente para determinar que se brindó la asesoría de manera correcta, por lo que, procedió a acceder a las pretensiones de la demanda en lo que hace a la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado.

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, condenó a la devolución por parte de Porvenir S.A. y Protección S.A. (durante el tiempo en que se encontró afiliado el demandante) de los valores en la cuenta del demandante como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones, bonos pensionales, sumas adicionales de las aseguradoras, primas de seguros previsionales y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con frutos e intereses y debidamente indexados.

De igual forma ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez del demandante toda vez que este cumple con los requisitos de ley para que esta se conceda, no obstante, no consideró procedente fijar la fecha de disfrute de la pensión por cuanto no se evidencia que el afiliado se haya retirado del sistema.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. En su alzada refirió que la decisión de primera instancia afecta el patrimonio de Colpensiones toda vez que el demandante recibirá una pensión de vejez que no estuvo cotizando en el RPMPD, haciendo que sea insuficiente cubrirla con los valores que constan en su cuenta de ahorro individual; que el demandante no intentó otros mecanismos para dejar sin efectos su afiliación al RAIS; que en consideración de la afectación al patrimonio y sostenibilidad de Colpensiones, se está vulnerando la prevalencia del interés general sobre el particular como lo es el derecho pensional del demandante; que es improcedente la declaración de la pensión de vejez en el entendido que el afiliado cuenta con la calidad de servidor público hasta la fecha.

5.2. AFP Porvenir S.A. Interpuso recurso de apelación sosteniendo que el precedente judicial no puede homogeneizarse a todos los casos y deben observarse con los detalles

de cada caso en concreto; que independientemente de la información brindada al momento del traslado, la ley 100 de 1993 cuenta con las condiciones, características, ventajas y desventajas de cada régimen que el afiliado pudo consultar en cualquier momento; que el demandante debió actuar con debida diligencia para obtener los conocimientos suficientes del acto jurídico que iba a celebrar; que la falladora de primera instancia no tuvo en cuenta la profesión del demandante, quien es abogado y por ende, podía conocer de estas características consignadas en la ley y posteriores traslados; que el actuar de Porvenir S.A. ha sido de buena fe de acuerdo a las normativas vigentes para la realización del traslado; que el demandante recibió la información suficiente al momento del traslado, prueba de ello es el formulario suscrito el cual cumple con los requisitos de ley y nunca fue tachado de falso; que en cuanto a la devolución de los rendimientos se señala que fueron fruto de la buena administración de la representada en el marco de la gestión del RAIS, por lo que sería improcedente su devolución con los efectos retroactivos de la declaratoria de la ineficacia; que la demandada Porvenir S.A. actuó como un agente oficioso involuntario por cuanto se entiende que administró los negocios para beneficio de otros; que tampoco es procedente la devolución de gastos de administración y seguros previsionales al entenderse que no se encuentran en poder de la AFP sino de la compañía aseguradora, de acuerdo a lo conceptuado por la Superintendencia Financiera; que con la devolución de los emolumentos indexados se está incurriendo en una doble condena por el mismo concepto prohibido expresamente por el ordenamiento jurídico; finalmente sostiene que debe desestimarse la condena de agencias en derecho debido a que el acto jurídico goza de plena validez según lo expuesto anteriormente.

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 el actor 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 del 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 declarar la ineficacia del traslado se ordene la devolución de todos los conceptos a cargo de la AFP del RAIS, debidamente indexado.

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 de nulidad; que al demandante se le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, no es procedente la devolución de gastos de administración y demás emolumentos; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que no hay lugar a la indexación.

6.2 DEMANDANTE.: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que no se acredita el deber de información como lo pregonan la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto 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 Colpensiones 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 haya omitido su deber de información al momento en que el actor 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, debidamente indexados?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (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 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 demostrador que Oscar Manuel Farías Cortés cotizó a CAJANAL desde el 09 de febrero de 1981 hasta el 28 de abril de 1996 (Archivo GDD-CET-DO-2019_16724523- Expediente administrativo); que suscribió formulario de afiliación No. 046280 con Davivir, hoy Protección S.A. el 28 de febrero de 1995 (Expediente Digital fl. 452); que en el mes de mayo de 1996 cotizó al Fondo de Pensiones ING de acuerdo a la historia laboral expedida por Porvenir S.A. (Expediente Digital fls. 23 a 32); que más tarde se trasladó a Protección S.A. donde inició a cotizar en el mes de septiembre de 1997 de acuerdo a la historia laboral de Porvenir S.A. (Expediente Digital fls. 23 a 32); que para el 05 de febrero de 1998 suscribió formulario de vinculación No. 998276 con la AFP Porvenir S.A., donde actualmente se encuentra afiliado (Expediente Digital fl. 136).

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

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

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

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que no le corresponda a 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-, 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 perjudicarlo
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 el actor se trasladó a la AFP Davivir, hoy Protección S.A., esto es, 28 de febrero de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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, no siendo factible colegir del interrogatorio de parte que surtió el demandante, en tanto, aquel no confesó que recibió información en los términos indicados. Es decir, no se brindó la información exigida al potencial afiliado que permitiera acreditar el cumplimiento de este deber ampliamente desarrollado por la jurisprudencia patria.

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 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 Porvenir S.A. 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 el hecho de que el demandante sea profesional en derecho, máxime si se tiene en cuenta que el área donde desarrolla las labores el demandante no guardan relación con temas tan específicos como el de la seguridad social, 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 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 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. Actos de relacionamiento. 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 el hecho de que la afiliada haya permanecido 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los “actos de relacionamiento”.

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Respecto del asunto que gira en torno a que antes de afiliarse al RAIS venía cotizando a CAJANAL, debe señalarse que en los términos del Decreto 169 de 2008, el artículo 1746 del C.C., y los predicamentos de la jurisprudencia de esta jurisdicción, en especial en las sentencias con Rad. 31898 de 2008, reiterada en la SL 4989 de 2018 SL 1429 de 2019 y más recientemente en la SL2208 de 2021, en las que se señala los aportes deben ser recibidos por COLPENSIONES, tal como lo señaló la falladora de primera instancia.

Lo anterior, teniendo en cuenta que Colpensiones administra el RPMPD, al margen de que tenga aportes de CAJANAL, pues de conformidad con el artículo 12 de la ley 100 de 1993 y el Decreto 692 de 1994, a partir del 30 de junio de 1995, debe entenderse que aquel régimen previsional administrado por CAJANAL, quedó incorporado al RPMPD administrado por el otrora ISS, hoy Colpensiones (SL2817 de 2019). Adicionalmente, la ley 1151 de 2007 le asignó a Colpensiones ser titular de las pensiones del régimen de prima media del ISS, Caprecom y Cajanal, salvo en el caso de los afiliados que causaron su derecho a la pensión los cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias.

En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de CAJANAL finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y atendiendo lo preceptuado en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, encuentra la Sala que la obligación de aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante compete a Colpensiones, pues nótese que CAJANAL debía adelantar todas las acciones necesarias para el traslado de sus afiliados cotizantes, a más tardar dentro del mes siguiente a la vigencia de la mencionada norma, a la Administradora del Régimen de Prima Media del ISS hoy Colpensiones.

En este punto es necesario precisar que el accionante no se encuentra dentro de las excepciones previstas en la ley para concluir eventualmente que es la UGPP quien debía

responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia, pues a la luz del art 156 de la ley 1151 de 2007, el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, estaba limitada a los «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras», casos que no se ajustan a la promotora de la Litis, en tanto para el 1 de julio de 2009, fecha en que Cajanal cesó su función de administradora, contaba con 52 años de edad, por haber nacido el 25 de enero de 1956, no siendo necesario, en consecuencia, verificar su tiempo de servicio, y tampoco si se encontraba bajo el supuesto de estar retirado o desafiliado del Régimen de prima media antes de la dicha data.

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS 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 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).

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, debidamente indexado, incluido el tiempo de permanencia del actor en Protección S.A. (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

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.

En el sub examine, como la orden congloba los emolumentos atrás mencionados junto con la indexación, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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. 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.

10.1. Edad. El demandante cumplió el requisito de edad de 62 años el 25 de enero del 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1956, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

10.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 2.021 semanas al 28 de octubre de 2020, de acuerdo a Historia Laboral expedida por Porvenir S.A. (Expediente Digital fls. 158 a 170). Por tanto, es claro que el gestor 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.

11. 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, se evidencia que la falladora de primer grado no se equivocó al reconocer la pensión de vejez a la demandante, a partir del 25 de enero del 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 efectos fiscales desde 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. Tampoco erró al señalar que 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. Ni cometió desafuero alguno al referir que Colpensiones deberá tener en cuenta que como el actor causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, tendrá derecho a **13 mesadas pensionales al año**. Aunado a ello, debe acotarse que tal punto no fue objeto de censura por la parte demandante.

12. Pensión de vejez empleado público. Ahora, sobre el punto de apelación que propone Colpensiones respecto a que no podía reconocer la pensión de vejez al tratarse de un empleado público, pues según su postura le corresponde a la jurisdicción administrativa, acota la Sala que no le asiste razón, por las siguientes consideraciones.

Precisa la Sala que por virtud del artículo 1º de la Ley 362 de 1997 se asignó a la jurisdicción del trabajo la competencia para conocer "*de las diferencias que surjan entre las entidades públicas y privadas, del régimen de seguridad social integral y sus afiliados.*" y posteriormente, la Ley 712 de 2001 en su artículo 2º atribuyó a la jurisdicción ordinaria, en sus especialidades laboral y de seguridad social, "(...) 4. Las controversias referentes al sistema de seguridad social integral que se susciten entre los afiliados, beneficiarios o usuarios, los empleadores y las entidades administradoras o prestadoras, cualquiera que sea la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controviertan.", normatividad de la que se extrae que un asunto es de competencia de la jurisdicción ordinaria laboral si la prestación asistencial o económica pretendida hace parte del Sistema de Seguridad Social Integral, sin importar el status jurídico del trabajador, ni la clase de vínculo que una a las partes, entre el afiliado y la entidad a la cual prestó servicios personales, como tampoco la naturaleza del acto que reconoce o niega la prestación económica pensional.

En esa línea argumentativa es pertinente recordar que la Ley 100 de 1993 creó el Sistema de Seguridad Social Integral, como un *"conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios que se definen en la presente ley."* (artículo 8º), siendo que en materia de pensiones, el Sistema está integrado por dos regímenes que se excluyen entre sí: El Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida y el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (artículo 12), estableciendo un régimen de transición (artículo 36) para un grupo de personas a las que, por su edad o tiempo de servicios a la entrada en vigencia de la referida Ley, se les mantuvo la edad, tiempo de servicios o semanas cotizadas y monto de la pensión de vejez, contempladas en regímenes anteriores, y exceptuando de la aplicación del nuevo sistema a ciertos grupos de servidores oficiales (artículo 279).

Ahora bien, en relación con las pensiones que se deriven de la aplicación del régimen de transición, de los regímenes exceptuados o de aquellas reconocidas con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de 28 de febrero de 2006, radicación 26.690, M.P. Dr. Carlos Isaac Nader, citada en sentencias 26.649 de 30 de junio de 2006, 27.561 de 18 de septiembre de 2007, 30.517 de 22 de abril de 2008 y 29.775 de 15 de octubre de 2009, expresó:

"(...)"

"El elemento definitivo para determinar la competencia es, ahora, objetivo: la prestación pretendida y no el carácter del sujeto obligado. Así se colige no tanto de la literalidad del precepto examinado, sino de la teleología de la misma, que no es otra distinta a la de atribuir a una sola rama de la jurisdicción el conocimiento de las controversias en este campo, con el fin de alcanzar el objetivo de unidad jurisprudencial y no que diversas jurisdicciones puedan pronunciarse sobre unas mismas prestaciones corriendo el riesgo de que se produzcan doctrinas contrapuestas, situación que el legislador quiso evitar."

"Pero esa regla procesal no es absoluta, porque –se reitera–, la pretendida unificación en el aspecto pensional no se pudo lograr en 1993, dadas las dificultades materiales señaladas. He allí la razón para que, ante la subsistencia de regímenes de pensiones que no obedecen al nuevo sistema integral, al quedar por fuera de éste deviene con obviaidad que los conflictos jurídicos suscitados con relación a pensiones de los regímenes de excepción no necesariamente sean del conocimiento de los jueces del trabajo."

"Ello fue advertido en las sentencias del 6 de septiembre (Radicados 12054 y 12289). Se dijo desde aquel entonces que las disparidades surgidas respecto de personas que ostentan la condición de empleados públicos beneficiarios del régimen de transición, previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, debían ser disputadas ante la jurisdicción contenciosa, criterio reiterado el 21 de noviembre de 2001 (radicación 16519)."

"Las excepciones a la regla general de la competencia de la jurisdicción laboral para resolver los litigios atinentes a las pensiones que conforman regímenes especiales, no regulados íntegramente por la Ley 100 de 1993, han sido ratificadas aun después de la reforma introducida por la Ley 712 de 2001."

"En reiterados fallos en los que ha sido debatido el tema del artículo 2º del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, después de las reformas de las leyes 362 de 1997 y 712 de 2001, ha sostenido la Corte que la asignación de competencia a los jueces laborales excluye, por excepción, ciertas controversias que son actualmente del conocimiento de los tribunales administrativos, en lo cual coincide ahora el Consejo de Estado, cuya jurisprudencia se manifiesta con mayor amplitud en la sentencia del 30 de abril de 2003 (radicación interna 581-02)."

"En sentencia del 4 de julio de 2003 (radicación 20168) la Corte puso de presente su invariable enfoque sobre la temática, y sostuvo que en los términos señalados en el numeral 4 del artículo 2 de la ley 712 de 2001, los conflictos relacionados con los regímenes de excepción establecidos en el artículo 279 de la ley 100 de 1993 no fueron asignados por el legislador a la justicia ordinaria laboral, por tratarse de pensiones que no se acompañan con el sistema contributivo del estatuto de 1993, ni se regulan bajo las exigencias técnicas que informan el nuevo sistema desde entonces en vigencia. Se agrega así una excepción más a las pensiones que entran en el espectro del régimen de transición garantizado por el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, sobre lo cual ya se había hablado.

"Con este decantado criterio de la Sala guarda también coherencia la Sentencia C- 1027 proferida el 27 de noviembre de 2002 por la Corte Constitucional, mediante la cual declaró la exequibilidad del numeral 4º del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, en la cual se señaló que a pesar de la uniformidad normativa que se procuró con la Ley 100 de 1993, al no tratarse en rigor de pensiones del sistema de seguridad social integral, no existe impedimento constitucional alguno para que la competencia se mantenga incólume como venía antes de la expedición de la Ley 712. Consideró, además, que nada se opone a excluir del ámbito de la jurisdicción ordinaria laboral las controversias relacionadas con los regímenes de excepción de la Ley 100 de 1993, por cuanto tal determinación corresponde a la amplia facultad del legislador para configurar el régimen de la seguridad social y las instituciones procesales sin desarticular el concepto de integralidad.

"Para la Sala de Casación Laboral ninguna duda cabe, pues, en que, en lo esencial, el numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001 tiene, en cuanto al asunto sub examine, similar alcance al artículo 2º de la ley 362 de 1997. Se positivó, así, la exégesis que la Corte Suprema le había impartido a este último, en el sentido de que después de la expedición de la Ley 100 de 1993, para los efectos del sistema de seguridad social integral es irrelevante la índole jurídica del vínculo entre el afiliado y la entidad a la cual prestó servicios personales, como tampoco la naturaleza del acto que reconoce o niega la prestación pensional. Es, pues, la materia de la controversia lo que define la jurisdicción competente y no el status jurídico del trabajador, como lo han sostenido las tres altas corporaciones judiciales prenombradas en sus correspondientes decisiones.

"Aplicados los prolegómenos anteriores al caso que ocupa a la Sala, es evidente que el litigio pensional sobre la cual versa el proceso no está asignado la Jurisdicción Ordinaria. En efecto, ninguna discusión existe en que una parte de los demandantes reclaman reajuste de pensiones otorgadas por la extinta Caja de Previsión Social del Departamento del Putumayo, las cuales fueron reconocidas antes de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 para los servidores no nacionales. Las pensiones del resto de accionantes, lo acepta de manera expresa el recurrente, quedaron a cargo del Departamento del Putumayo a través de su Fondo Territorial de Pensiones. Quiere decir lo anterior que, indistintamente de la naturaleza de las funciones desarrolladas por los exservidores de la entidad departamental, ninguna de las prestaciones jubilatorias argüidas en la demanda, para legitimarse por parte activa en el juicio, hacen parte del sistema cuya regulación entra en el ámbito de la Ley 100 de 1993 para los efectos pretendidos". (Subraya la Sala).

En el mismo sentido, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, en sentencia de 27 de marzo de 2008, radicación interna 0099-07, C.P. Dr. ALFONSO VARGAS RINCÓN, sostuvo:

"(...) las controversias cuyo conocimiento atribuyó la Ley 712 de 2001 a la jurisdicción ordinaria laboral, son aquellas referidas al Sistema de Seguridad Integral previsto en la Ley 100 de 1993, que no comprende las situaciones en transición, ni los casos expresamente exceptuados en el artículo 279 de la misma Ley. Así mismo, debe tenerse en cuenta que en el presente caso ya se encontraba definida la situación de la actora, teniendo en cuenta que la pensión fue reconocida con fundamento en lo dispuesto en el Decreto 546 de 1971, norma anterior a la Ley 100 de 1993."

Aunado a lo anterior, la misma Alta Corporación, en sentencia de 10 de septiembre de 2009, siendo C.P. el Dr. Víctor Hernando Alvarado Ardila, radicación interna 0475-2008, adoctrina:

"En la sentencia aludida, al estudiar la demanda de inconstitucionalidad contra el numeral 4º del artículo 2 de la Ley 712 de 2001, por la cual se reforma el Código Procesal del Trabajo, la Corte Constitucional en cuanto a los regímenes de transición dijo:

"Todo lo dicho también es aplicable a los regímenes especiales que surgen de la aplicación de la normatividad de transición contenida en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, porque a pesar de la uniformidad normativa que intentó ese ordenamiento, dejó a salvo para efectos de edad, tiempo de servicios, de cotizaciones y monto de la pensión, los estatutos legales o reglamentarios de quienes al momento de la vigencia de la ley tenían más de 35 años de edad (mujeres) o más de 40 (hombres) o más de 15 años de servicios. Para esos afiliados, si bien el ingreso base de liquidación se sujetó a la nueva ley, no se aplica a plenitud el sistema de seguridad social integral, sino la normativa especial anterior en el evento de que resultare más favorable al afiliado o beneficiario del sistema general de pensiones. Al no tratarse en rigor de pensiones del sistema de seguridad social integral, no existe impedimento constitucional alguno para que la competencia se mantenga incólume como venía antes de la expedición de la Ley 712, por las razones explicadas en precedencia.

"... tal determinación corresponde a la facultad del legislador para configurar el régimen de la seguridad social y las instituciones procesales sin desarticular el concepto de seguridad social que consagra el artículo 48 Superior, respetando el principio del juez natural para la resolución de los conflictos que versen sobre esta materia (CP art. 29)". (Subrayado original).

"(...)"

"Así las cosas, los conflictos jurídicos sobre prestaciones sociales de los empleados públicos cobijados por el régimen de transición de pensiones, en criterio de la Sala, están excluidos de la competencia de la jurisdicción ordinaria pues de ellos conoce el juez natural competente según la naturaleza de la relación jurídica y de los actos jurídicos que se controvierten, sin que ello tenga porqué originar conflictos de jurisdicciones entre la ordinaria y la contenciosa administrativa."

"Bajo estos supuestos, se excluyen del conocimiento de la jurisdicción ordinaria laboral los regímenes exceptuados por el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y los conflictos surgidos del régimen de transición de las pensiones de jubilación de los empleados públicos en razón a la aplicación de normas anteriores.

"(...)"

"En este orden de ideas, la Ley 100 de 1993 dispuso conservar y respetar los derechos, beneficios y garantías adquiridas conforme a las disposiciones normativas anteriores, de quienes a la fecha de entrada en vigencia de la citada ley, se encontraban disfrutando de la pensión o hayan cumplido los requisitos para acceder a ella.

"(...)"

"Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra la Sala que la Jurisdicción Contencioso Administrativa es la competente para conocer del presente asunto, como quiera que se trata de un conflicto jurídico sobre una prestación social que fue reconocida a un empleado público con normas anteriores a la Ley 100 de 1993." (Subraya la Sala)

De igual forma, la Corte Constitucional en sentencia C-1027 de 2002, en la que declaró la exequibilidad del numeral 4º del artículo 2º de la Ley 712 de 2001, precisó que *"(...) en lo que no conforma el sistema de seguridad social integral por pertenecer al régimen de excepción de la aplicación de la Ley 100 de 1993 o los regímenes especiales que surgen de la transición prevista en este ordenamiento legal, se preservan las competencias establecidas en los Códigos Contencioso Administrativo y Procesal del Trabajo, según el caso, y por lo tanto sí influye la naturaleza de la relación jurídica y los actos jurídicos que se controviertan, en la forma prevenida en los respectivos estatutos procesales"*. (Subraya la Sala).

En la misma dirección se pronunció los tratadistas GERARDO ARENAS MONSALVE, en su obra *"El derecho colombiano de la seguridad social"* y ÁLVARO QUINTERO SEPÚLVEDA,

en la intitulada "*Pensiones del Sector Público La Transición Continúa*"¹, pues el primero de los prenombrados al respecto de la competencia judicial para conocer el conflicto jurídico atinente con el régimen de transición² ha manifestado lo siguiente:

"(...)"

"La jurisprudencia de las altas cortes ha sido prácticamente unánime en señalar que los conflictos del régimen de transición no corresponden al sistema integral de seguridad social de la Ley 100, de manera que para establecer la jurisdicción competente es menester remitirse a los criterios jurisprudenciales anteriores, de la siguiente manera:

- Si se trata del debate sobre la pensión de trabajadores particulares u oficiales, ya sea a cargo del respectivo empleador o del Seguro Social, la competencia corresponde a la jurisdicción laboral ordinaria.*
- Si se trata del debate sobre la pensión de los empleados públicos, ya sea a cargo de la entidad pública empleadora o a cargo de una caja de previsión, la competencia corresponde a la jurisdicción contencioso administrativa".*

De las citas jurisprudenciales y doctrinales transcritas, se concluye que existe unidad de criterio en las distintas Cortes en el sentido de que en materia de conflictos derivados de pensiones reconocidas al amparo del régimen de transición, la jurisdicción competente se determinará teniendo en cuenta la naturaleza de la relación jurídica (legal y reglamentaria o contractual laboral) y los actos jurídicos que se controviertan, es decir, que si se trata de trabajadores oficiales o del sector privado, la competencia recaerá sobre la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y si son empleados públicos, aquella estará a cargo de la jurisdicción contenciosa administrativa, sin que exista duda respecto de la competencia asignada a la justicia ordinaria laboral, cuando se trate de conflictos derivados de la aplicación del Sistema General de Pensiones – Ley 100 de 1993 – evento en el cual no se tendrá en cuenta la naturaleza de la relación jurídica de quien pretende el beneficio pensional.

Es más, la Corte Constitucional en sentencia T-064 de 2016, en un asunto de contornos similares al aquí debatido, determinó que "*la nulidad originada en la falta de competencia funcional o en la falta de jurisdicción no es saneable. Porque siendo la competencia funcional la atribución de funciones a diferentes jueces de distintos grados, dentro de un mismo proceso, como se ha dicho (primera y segunda instancia, casación, revisión, etc.), el efecto de su falta conduce casi necesariamente a la violación del derecho de defensa, o a atribuir a un juez funciones extrañas a las que la ley procesal le ha señalado*"³

Así mismo, la providencia antes en cita, en tratándose de controversias sobre pensiones reconocidas por entidades públicas a empleados públicos, aquilata que en "*tratándose de conflictos asociados a derechos pensionales en los que (i) el solicitante tuvo la calidad de empleado público, (ii) se acogió al régimen de transición de la Ley 100 de 1993, y (iii) la entidad administradora tiene una naturaleza pública, al encontrarse vigente el Código Contencioso Administrativo, reformado por la Ley 1107 de 2006, es la jurisdicción de lo contencioso administrativo la llamada a adoptar la decisión que en derecho corresponda*". Aplicando los anteriores razonamientos al caso bajo estudio, se parte por aclarar que no es un hecho discutido ni mucho menos se pregona por la parte actora que es beneficiario del régimen de transición, o que tenga un régimen exceptuado para efectos de acceder a la pensión de vejez, siendo que la pensión que aquí se reclama es con aplicación de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, es decir, se trata de una prestación derivado de la aplicación del Sistema General de Pensiones – Ley 100 de 1993 –, y por lo tanto, independientemente de que ostente la calidad de empleado público, sí es

¹ ÁLVARO QUINTERO SEPÚLVEDA, Pensiones del Sector Público: la Transición Continúa – Jurisprudencia de las Altas Cortes, Tercera Edición 2011.

² GERARDO ARENAS MONSALVE, El derecho colombiano de la seguridad social, Tercera Edición 2011, Pág. 316.

³ Sentencia C-037 de 1998, M.P.: Jorge Arango Mejía

competente la jurisdicción ordinaria para reconocer la prestación reclamada, tal como acertadamente lo hizo la a quo.

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

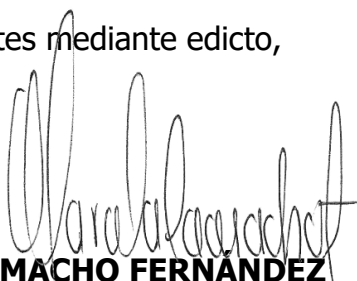
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

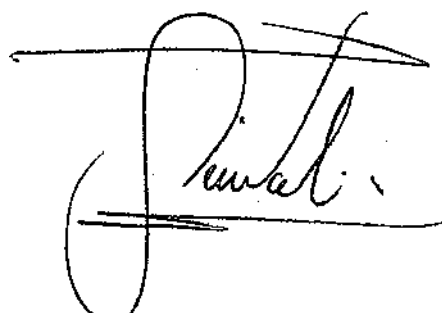
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 08 de agosto del 2022, por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del actor y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una.



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: MARTHA LUCÍA GÓMEZ HUERTAS
Demandados: COLPENSIONES y OTRAS
Radicación: 31-2022-00087-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., catorce (14) de diciembre 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 Lucía Gómez Huertas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Protección S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, se ordene trasladar el valor de los saldos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado junto. Así mismo, solicitó que Colpensiones reciba a la demandante y la mantenga afiliada sin solución de continuidad; lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 5 de enero de 1961 y comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones desde el 27 de abril de 1993 hasta el mes de enero de 1996, acumulando un total de 82,43 semanas. Indicó que en el mes de enero de 1999 se trasladó a AFP Colmena hoy Protección S.A., por medio de una charla en la que no recibió ningún tipo de asesoría, ni información sobre los riesgos acerca del cambio de régimen pensional. Refirió que con posterioridad se trasladó a Colfondos S.A. donde no recibió información acerca de su futuro pensional.

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 todas las pretensiones de la demanda aduciendo que no obra prueba alguna de que a la actora se le hubiera hecho incurrir en nulidad, por el contrario, la afiliación cumple con los requisitos legales establecidos por la ley, por tanto, no puede haber un regreso automático al RPM. 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 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 genérica.

3.2. AFP Protección S.A. Se opuso a las pretensiones con sustento en que la afiliación se dio mediante un acto existente, válido, exento de vicios y no hubo presiones ni fuerza al momento de su consolidación, mismo que se dio de manera libre y voluntaria bajo los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando el derecho a la libre elección. Formuló las excepciones de mérito 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 restituciones mutua 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 de 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, traslado de la totalidad de los aportes a Colfondos y aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso en concreto.

3.4. Colfondos S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que al momento de hacer la afiliación horizontal le brindó una asesoría integral y completa acerca del cambio de régimen, aclarando las consecuencias, beneficios y características de cada régimen, por lo que la afiliación cumplió con todos los requisitos de ley. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia 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 obligatoria administradora por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y por último la nadie puede ir en contra de sus propios actos.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de octubre de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Martha Lucía Gómez Huertas al régimen de ahorro individual. En consecuencia, condenó a AFP Protección S.A. trasladar la totalidad de los valores de la cuenta, incluido la totalidad de sumas de dinero que descontó por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y seguros previsionales. En igual sentido, ordenó a Colfondos S.A. hacer la devolución de los aportes, junto con su rendimientos y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración, comisiones, aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, seguros previsionales, entre otros. Ordenó a Colpensiones a recibir los aportes y afiliarse sin solución de continuidad. Por último, gravó en costas.

La A quo fundamentó su decisión en el artículo 48 de la Constitución Política, sentencia C-986 de año 2009 y en el criterio de la Sala de Casación Laboral en providencia SL-1452 de 2019 y SL-4015 de 2021 y conforme a lo cual precisó que el artículo 13 la Ley 100 de 1993 consagra las características del sistema general de pensiones, señalando que la selección de uno de cualquiera de los regímenes previstos es libre y voluntaria por parte del afiliado. Indicó que el artículo 11 del Decreto Reglamentario 692 del 94 señala la necesidad de diligenciar el formulario de afiliación que para el efecto señale la Superintendencia Bancaria, además, el artículo 12 del Decreto 720 1994 impone a los promotores la obligación de suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho.

De esta forma indicó que no podía concluir válidamente que la actora conociera de las implicaciones que tendría el traslado y la pérdida del régimen de transición, además, porque no confiesa que haya recibido una información clara, comprensible y suficiente sobre las consecuencias favorables y desfavorables que su decisión, de allí que consideró

que la AFP no logró demostrar haber brindado información, por lo que debía declarar la ineficacia del acto de afiliación.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación alegando que la actora se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, sin que evidencie la existencia de vicios del consentimiento en el interrogatorio de parte que surtió, por el contrario, tenía elementos de juicio sobre los riesgos del cambio de régimen. Indicó que aquella no se opuso durante el tiempo de permanencia en el Rais, lo que convalida el traslado.

6. Alegatos de conclusión. El **demandante** alegó en su favor aduciendo que realizó afiliación a las AFP, mediante engaños de los asesores, quienes la convencieron de cambiarse de régimen, sin haber recibido una asesoría clara idónea y oportuna.

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.

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 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 Martha Lucía Gómez Huertas se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 27 de abril de 1993 con cotizaciones hasta el 31 de marzo de 1995 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones dentro de los anexos de la demanda; quien se trasladó a Colmena Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A. el 30 de enero de 1996, mediante la

suscripción del formulario de afiliación núm. 1010213979, y con posterioridad a Colfondos S.A. el 4 de junio de 1999, entidad donde actualmente se encuentra afiliada.

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 1996-, 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	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

	laborales y autonomía personal	
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 Colmena Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A., esto es, 30 de enero de 1996, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP 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, 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. 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 (...)”.

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 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. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sana la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adocinado 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 Colmena Cesantías y Pensiones hoy AFP Protección S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible 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 enero de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

8. Actos de relacionamiento. 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 de la afiliada, sin que el hecho de que permaneciera 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 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 estos emolumentos, debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

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 esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

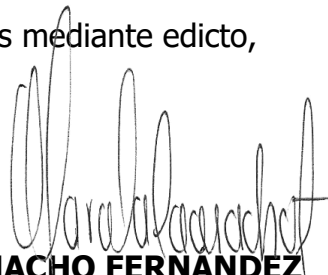
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

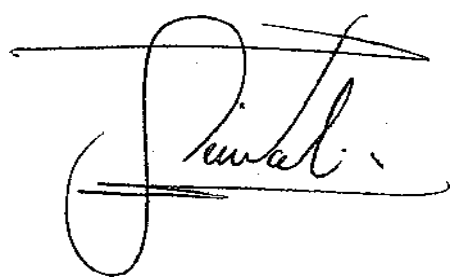
PRIMERO: ADICIONAR los numerales 2º y 3º de la sentencia proferida el 21 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS**, devolver a Colpensiones las sumas ordenadas por la A quo debidamente indexadas.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la 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



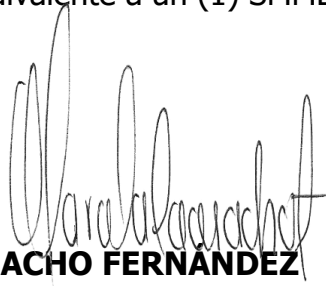
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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: GLORIA PATRICIA RAMÍREZ RESTREPO
Demandada: UGPP
Radicado No.: 22-2019-00626-01
Tema: PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- APELACIÓN DE SENTENCIA – REVOCA Y MODIFICA

Bogotá D.C., dieciséis (16) de diciembre 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. Gloria Patricia Ramírez Restrepo instauró demanda ordinaria contra UGPP, con el propósito de que sea condenada a pagar a su favor la pensión de sobrevivientes como compañera permanente sobreviviente del fallecido Luis Eduardo Rueda Moreno, con sus respectivas mesadas adicionales, reajustes de ley, intereses moratorios e indexación. Así mismo, pidió el reconocimiento y pago de \$41.575.537,44, por concepto de mesadas pensionales causadas y no cobradas entre noviembre de 2004 a febrero de 2006, más los intereses moratorios. Por último, solicitó lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que al señor Luis Eduardo Rueda Moreno le fue reconocida pensión de invalidez por la Empresa Puertos de Colombia mediante la Resolución 1205 del 9 de enero de 1991, misma que fue declarada extinta a través del acto administrativo 1205 del 2 de noviembre de 2004. Indicó que, con posterioridad, en Resolución 120 del 24 de febrero de 2006, le fue reconocida nuevamente pensión proporcional de jubilación, causándole un retroactivo pensional a su favor de \$41.575.537,44.

Precisó que mediante Resolución 1322 del 14 de noviembre de 2007, se resolvió negar la pensión de invalidez y compensar la citada suma, adeudando \$85.353.591,27, sin embargo, la UGPP expidió la Resolución No. RDP 5315 del 6 de febrero de 2013, mediante el cual accede a la revocatoria directa, y se reconoce nuevamente el pago de los \$41.575.537,44, como retroactivo causado, más sin embargo mediante Resolución RDP 55391 de 5 de diciembre de 2013, se ordena improbar ese acto administrativo.

Por otro lado, señaló que el pensionado falleció el 30 de junio de 2017, quien era su compañero permanente, razón por la cual resulta beneficiaria de la pensión de sobrevivientes; que solicitó el reconocimiento, sin embargo, la UGPP negó tal petición.

(Expediente digital, PDF. 01ExpedienteFisicoGloriaRamirezOtroVsUGPP, págs. 36 a 46)

2. Contestación de la demanda

2.1. UGPP. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que de conformidad con el expediente del causante y las labores

de verificación que realizó, pudo determinar que la actora no reúne los requisitos del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, en virtud de que no existe plena certeza sobre la convivencia con el causante durante los últimos 5 años anteriores a su muerte. Frente a los hechos, aceptó los enlistados en los numerales 1° a 5°, 7°, 9° a 13° y 15°, relacionados con la fecha de fallecimiento del causante, a quien le fue reconocida pensión de jubilación; además, la reclamación y negativa en el reconocimiento pensional. Admitió parcialmente los enlistados en los numerales 6°, 8° y 14° y formuló las excepciones de fondo que denominó falta de acreditación de los requisitos exigidos en la Ley 797 de 2003, cobro de lo no debido, genérica y prescripción. (Expediente digital, PDF. 01ExpedienteFisicoGloriaRamirezOtroVsUGPP, págs. 54 a 62)

2.2. Ministerio público. En su escrito de intervención propuso la excepción previa de falta de jurisdicción y competencia. (Expediente digital, PDF. 01ExpedienteFisicoGloriaRamirezOtroVsUGPP, págs. 104 a 106)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF. 01ExpedienteFisicoGloriaRamirezOtroVsUGPP, págs. 49 Y 50), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Trámite procesal. En auto de fecha 19 de junio de 2019, se dispuso la acumulación del proceso seguido por Marta Isabel Macías Díaz, en su condición de madre y representante legal de los menores Iván Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías.

5. Demanda. Marta Isabel Macías Díaz instauró demanda ordinaria laboral en contra de la UGPP con el fin de que sea condenada al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de los menores, con ocasión del fallecimiento del señor Luis Eduardo Rueda Moreno, como co-padre de crianza por solidaridad de la paternidad de aquellos, junto con los reajustes e incrementos pensionales, retroactivo pensional causado, intereses moratorios y costas del proceso.

Fundamentó sus peticiones en el sentido indicar que Luis Eduardo Rueda Moreno, era abuelo de crianza de los menores de edad, quien fue condenado por el Juzgado Segundo de Familia de Santa Marta, a suministrar alimentos en un 50% de lo devengado a favor de los mismos. Indicó que solicitó el pago de la sustitución pensional ante la demandada, entidad que mediante acto administrativo núm. RDP 041079 de 30 de octubre de 2017, negó la prestación a la que aducen tienen derecho. (Expediente digital, PDF. 03CDFolio51ProcesoAcumulado201800444, págs. 55 a 68)

6. Contestación de demanda. Contestó la demanda oponiéndose a los pedimentos del libelo introductor, bajo el sustento de que al estar vigente la Ley 797 de 2003 al momento del fallecimiento del pensionado, la norma no contempla el reconocimiento pensional a favor de los nietos del mismo. En lo que hace a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 5°, 7° a 10° y 13 y respecto de los demás indicó no ser ciertos o no constarle. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia del derecho a la pensión reclamada, cobro de lo no debido, prescripción, imposibilidad de condenar a intereses moratorios, costas o agencias en derecho y genérica. (Expediente digital, PDF. 03CDFolio51ProcesoAcumulado201800444, págs. 75 a 79)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de octubre del 2022, en la que el fallador declaró que tanto la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo en su calidad de compañera permanente, como los jóvenes Elkin Daniel Rueda Macías e Iván Daniel Rueda Macías, en su calidad de hijos de crianza, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Luis Eduardo Rueda Moreno, sobre el 100% del valor que percibió y en 14 mesadas pensionales. Declaró que los porcentajes

de la pensión de cada uno de los beneficiarios depende de la edad de los jóvenes y si estos acreditan estudios, conforme a lo establecido en la Ley. Así mismo, condenó el retroactivo pensional causado a partir del 1° de julio de 2017 como consecuencia del reconocimiento pensional, suma que deberá ser indexada; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción con relación a la solicitud de mesadas pensionales causadas. No gravó en costas a ninguna de las partes.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación señaló con fundamento en el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que la norma aplicable al reconocimiento de una eventual pensión de sobrevivientes es aquella que está vigente al momento del fallecimiento del causante, que para el caso en concreto son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, dado a que aquel feneció el 30 de junio de 2017. Así, citó la preceptiva, para destacar que el causante ostentaba la calidad de pensionado, situación que no fue desconocida por la pasiva al dar contestación a la demanda, de manera que debía proponerse a verificar si la compañera permanente demostró el mínimo de convivencia exigido y en caso de los menores si estos tienen derecho a la pensión de sobrevivientes como hijos de crianza.

A ese propósito, con respecto a lo primero dijo que el haz probatorio daba cuenta que la demandante logró acreditar el tiempo de convivencia requerido y si bien aquella en la investigación administrativa no fue clara en sus respuestas, lo cierto es que con la declaración de la señora Macías Díaz, quien, se logra determinar que el causante y la señora Gloria Patricia cohabitaron en la misma casa del barrio Concepción, quien da fe de que la relación de dicha pareja se extendió por cinco o seis años, situación que no fue tomada en cuenta en las conclusiones de la investigación administrativa, máxime cuando está respaldada en la declaración extrajudicial del 1° de abril de 2016. Dijo que la entidad tampoco valoró la declaración extrajudicial que rindió el causante, en la que señaló que, desde hace 4 años, es decir, desde el mes de abril de 2012, convivía con la señora Ramírez, en unión libre de forma permanente y bajo el mismo techo.

Al confrontar esta versión con el dicho de los testigos concluyó que sus manifestaciones fueron claras y precisas, además, la propia hija del causante reconoció que su padre y la actora iniciaron en el año 2009 una relación sentimental y que para el año 2012 oficializaron el vínculo marital, viviendo juntos hasta el año 2017, fecha de fallecimiento del progenitor. Así las cosas, coligió de la valoración probatoria que la demandante logró demostrar con amplitud convivencia por un espacio superior a 5 años antes del deceso del pensionado, luego debía declarar que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes.

Atinente a la porción reclamada por los jóvenes demandantes dijo que los nietos expresamente no se encuentran establecidos como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, como bien lo sostiene la demandada, sin embargo, como hijos de crianza, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha admitido su procedencia, siempre que la relación de crianza sea contundente. Bajo ese horizonte, apreció el acervo probatorio, para significar que los menores son hijos del señor Elkin Díaz, quien a su vez era hijo del causante, reside en Venezuela y abandonó sus hijos, por tanto, el fallecido asumió el rol de padre de sus nietos, haciéndose cargo de estos tanto en la parte económica como en la afectiva, llenando el vacío que había dejado su progenitor por su ausencia.

Agregó que el pensionado siempre vio por los gastos de los nietos, por lo que podía concluir que los menores sostuvieron una unión de crianza con el señor Rueda Moreno que se mantuvo hasta el fallecimiento, de allí que debía reconocer a su favor la prestación económica en proporción a cada uno de ellos en un 25%, mientras que a la compañera

permanente en un 50%, con acrecimiento del monto pensional siempre que los jóvenes no acrediten el derecho a la misma.

Atinente al retroactivo pensional solicitado por la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo señaló que el mismo se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, en los términos de la norma sustantiva laboral. Frente a los intereses moratorios dijo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la CSJ, no hay lugar a prohiar los mismos, ya que la negativa en el reconocimiento pensional a la citada demandante provino de una investigación administrativa que arrojó tal resultado. (Expediente digital, audio 18AudienciaArticulo80CPTSS).

8. Impugnación y límites del ad quem

8.1. Gloria Patricia Ramírez Restrepo. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación argumentando que tiene derecho a que le sean reconocidos los intereses moratorios previstos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, toda vez que la demandada en la actuación administrativa contaba con pruebas suficientes para el reconocimiento pensional, luego no existía un argumento válido para que negará el pago de la prestación económica. Con respecto a la prescripción declarada por el A quo, consideró que ha venido realizando varias solicitudes para que se le reconozca el retroactivo causado y no cancelado, incluso el causante, luego no las mesadas pensionales no están afectadas por tal fenómeno extintivo. Finalmente, en cuanto a las costas arguyó que la parte demandada fue vencida en juicio, por tanto, debe ser condenada a las mismas.

8.2. UGPP. Como fundamento de su alzada esgrimió que el A quo no realizó una debida valoración probatoria respecto del contenido de la investigación administrativa que realizó, en cuanto a que no se demostró convivencia durante un tiempo mayor a 5 años entre el aquí demandante y el causante, ya que aquella tenía su propia casa, donde cohabitan con sus hijos, siendo los testigos “*muy oscuros*”, en tanto que los mismos no lograron probar como era la vivienda donde supuestamente se presentó la convivencia alegada. De otro lado, dijo que los menores tampoco tienen derecho al reconocimiento pensional al ser nietos del causante, siendo por tanto indebido asegurar, como lo hizo el fallador de primer grado, “*que se puede pasar de la familia biológica a la familia de crianza*”, pues ello contradice el precedente jurisprudencial expuesto por la Corte Constitucional en la sentencia C-577 de 2011, además, ninguno de los testigos aseguró que el pensionado fuera reconocido como padre de crianza de los menores, siendo que lo reconocen como abuelo.

9. Alegatos de conclusión

9.1. Gloria Patricia Ramírez Restrepo. Alegó en su favor aduciendo que logró demostrar los requisitos establecidos en la norma para acceder a la totalidad de pretensiones de la demanda.

9.2. Marta Isabel Macías Díaz. En su escrito de alegaciones señaló que los fundamentos de los actos administrativos que negaron la petición, son carentes de toda lógica jurídica, y que aun en este estadio pretenden desconocer que los nietos pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes; así lo indicó la Corte Constitucional cuando señaló que, como protección constitucional de la familia, los hijos de crianza que dependan económicamente del pensionado tienen derecho a la pensión de sobrevivientes.

9.3. UGPP. Refirió que los demandantes no le asisten el derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de quien en vida fuera

Luis Eduardo Rueda, ya que la demandante no logró acreditar convivencia por espacio de 5 años atrás al deceso del pensionado, además, la Ley 797 de 2003 en ningún momento previó que los nietos del causante de la sustitución pensional o de la pensión de sobrevivientes pudieran ser considerados como beneficiarios de dicha prestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto por la UGPP y Gloria Patricia Ramírez Restrepo 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. Problemas Jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿Gloria Patricia Ramírez Restrepo, en calidad de compañera permanente del causante Luis Eduardo Rueda Moreno, reúne las condiciones legales para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes por parte de la UGPP? De ser afirmativa la respuesta (ii) ¿a partir de que data y si tiene derecho al pago del retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación? Adicionalmente, deberá la Sala determinar (iii) ¿si el A quo incurrió en error al concluir que los jóvenes Elkin Daniel Rueda Macías e Iván Daniel Rueda Macías, como hijos de crianza, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, ajustándose al contenido y alcance del artículo 13 de la Ley 797 de 2003? y; (iv) ¿si le asiste derecho a la señora Ramírez Restrepo a que se le reconozca y pague el retroactivo pensional desde noviembre de 2004 a febrero de 2006?

3. Fallecimiento. Previo a resolver los problemas jurídicos, lo primero que debemos advertir es que el fallecimiento del señor Luis Eduardo Rueda Moreno, se encuentra acreditado con el registro de defunción con indicativo serial núm. 06549360, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 30 de junio de 2017. (Expediente digital, PDF. 03CDFolio51ProcesoAcumulado201800444, pág. 18)

4. Normatividad aplicable. Resulta oportuno recordar que, en materia de pensión de sobrevivientes, la norma aplicable es justamente aquella que se encontraba vigente al momento en que ocurrió el deceso del pensionado, que para este caso no es otra que los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 797 de 2003, dado que el óbito se produjo el 30 de junio de 2017. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020).

5. Calidad de pensionado del cujus. No se discute que Luis Eduardo Rueda Moreno fue pensionado por la empresa Puertos de Colombia, por medio de la Resolución núm. 141548 del 9 de enero de 1991, la cual, si bien fue declarada extinta, posteriormente el Grupo Interno de Trabajo para la Gestión del Pasivo de Puertos de Colombia, resolvió a través de la Resolución núm. 120 de 24 de febrero de 2006, reconocerle pensión proporcional de jubilación en cuantía mensual de \$2.301.508,22 para el año 2006, causando un retroactivo pensional de \$41.575.537,44, misma que fue modificada por Resolución No. RDP 5315 del 6 de febrero de 2013, en el sentido de que las mesadas pensionales reconocidas corresponden al lapso entre noviembre de 2004 a febrero de 2006. Las anteriores situaciones fácticas son aceptadas por la enjuiciada y se corrobora con el acto administrativo RDP 048202 de 27 de diciembre de 2017, que confirmó la Resolución No. 41079 del 30 de octubre de 2017.

6. Beneficiarios de la pensión de sobreviviente. El numeral 1º del art. 46 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 12 de la Ley 797 del 2003 establece que tendrán

derecho a la pensión de sobreviviente los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca.

7. Requisitos de la pensión de sobrevivientes – compañera permanente de pensionado. Acreditado como está, que el fallecido sí dejó causado el derecho para que sus posibles beneficiarios puedan acceder a la pensión de sobrevivientes, conviene resaltar el contenido del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, atinente a quiénes son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, entre otros, en forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstites, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha de fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad y acredite la existencia de vida marital con el causante por espacio mínimo de cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento, cuya acreditación es carga procesal de los eventuales beneficiarios, tal como lo adoctrina la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicación No 38213 del 28 de septiembre de 2010, en la que sostuvo que la convivencia le incumbe probarla a quien afirma el hecho.

7.1. Calidad de compañera permanente. Ha de precisarse que en tratándose de compañera permanente no es dable exigirle convivencia de 2 años que trae el Decreto 1889 de 1994, sino que ha de acudirse a la noción constitucional de familia, por ello debemos remitirnos a la sentencia C 521 de 2007, en la que se señaló que se entiende por familia *"Aquella comunidad de personas emparentadas entre sí por vínculos naturales o jurídicos, que funda su existencia en el amor, el respeto y la solidaridad, y que se caracteriza por la unidad de vida o de destino que liga íntimamente a sus miembros o integrantes más próximos"*.

Así mismo, en sentencia en la sentencia SU 337 de 2017, se señaló: *"(...) acorde con lo dispuesto en el inciso primero del art. 42, la familia "se constituye por vínculos naturales o jurídicos, por la decisión libre de un hombre y una mujer de contraer matrimonio o por la voluntad responsable de conformarla", disposición que, como lo han entendido el legislador y la jurisprudencia, incluye al compañero o compañera permanente, superándose con ello una visión tradicional y restringida de familia que no se corresponde con la realidad colombiana del siglo XXI."*

En el sub lite, de los diferentes actos administrativos expedidos por la UGPP se arriba a la conclusión de que la discusión planteada no consiste en sí acredita o no la calidad de compañera permanente, sino el eje toral de discusión es el lapso de los últimos 5 años de convivencia en calidad de compañeros permanentes, aspecto que se dilucidará más adelante.

7.2. Edad. Con relación al primer requisito no existe prueba tendiente a demostrar que a la fecha de fallecimiento del causante la actora tenga 30 años o más de edad, pues sobre este aspecto ningún medio se adosó al plenario. Sin embargo, como las partes no controvierten tal supuesto, siendo que el debate jurídico lo conforma la acreditación de la convivencia requerida para efectos de ser beneficiar de la prestación económica, es dable para la Sala tener por sentado el cumplimiento de este presupuesto normativo.

7.3. Convivencia. Este requisito constituye el eje central de la controversia, pues una vez se presentó la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo, en calidad de compañera permanente a reclamar la pensión de sobreviviente ante la UGPP, dicha entidad mediante Resolución RDP 048202 de 27 de diciembre de 2017, le negó la misma con fundamento en la investigación administrativa, según la cual *"en virtud a los elementos de juicio con los que se cuenta al momento de la elaboración del presente informe, se indica que NO EXISTIÓ CONVIVENCIA como compañeros permanentes entre LUIS EDUARDO RUEDA MORENO (causante) y GLORIA PATRICIA RAMÍREZ RESTREPO (solicitante), durante los últimos cinco (05) años anteriores al fallecimiento del causante de manera constante e ininterrumpida. (...)"*

Respecto de este tema, es preciso connotar que el requisito de la convivencia exige una especial cualificación, vale decir, que debe ser **real y efectiva** entre quien reclama el derecho y el causante, dado que de esta depende de la acreditación de "*ser miembro del grupo familiar*", para lo cual, *in extenso*, la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia con radicación No 32393 del 20 de mayo de 2008, a la que se alude en la sentencia SL1510-2014, adocina que en **todos los eventos** que trae el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, el cónyuge o la compañera o compañero permanente, deben "*ser miembros del grupo familiar*", y esa especial condición la detenta, como lo asevera el máximo tribunal de la justicia ordinaria laboral en la sentencia del 5 de abril de 2005 (rad. 22560), quienes:

"...mantengan vivo y actuante su vínculo mediante el auxilio mutuo, entendido como acompañamiento espiritual permanente, apoyo económico y vida en común, entendida ésta, aún en estados de separación impuesta por la fuerza de las circunstancias, como podrían ser las exigencias laborales o imperativos legales o económicos, lo que implica necesariamente una vocación de convivencia, que indudablemente no existe respecto de aquellos que por más de veinticinco años permanecieron separados de hecho, así en alguna oportunidad de la vida, teniendo esa condición de cónyuge o compañero (a) permanente, hubieren procreado hijos.

Si la convivencia se pierde, de manera que desaparezca la vida en común de la pareja, su vínculo afectivo, en el caso del cónyuge o compañero (a) permanente, se deja de ser miembro del grupo familiar del otro, por lo que igualmente se deja de ser beneficiario de su pensión de sobreviviente, en los términos del artículo 46."

El anterior criterio, se mantiene vigente en los casos en que la pensión de sobreviviente sea perseguida por la compañera permanente, no así frente a la cónyuge separada de hecho respecto de quien la convivencia de los 5 años de que trata la norma puede ser cumplida en cualquier tiempo, sin que se exija que continúe actuante el vínculo afectivo al momento del fallecimiento, pues su finalidad es proteger a quien desde el matrimonio lo acompañó en su vida productiva y aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social, como lo dejó sentado nuestra CSJ en sentencias SL2010-19, SL5169-19 y SL4771-2020.

Ahora, en lo referente al lapso de la convivencia baste decir que en los eventos en que la reclamante sea compañera permanente del pensionado, la exigencia es de cinco (5) años anteriores al deceso del causante, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia en al SL362-21, que reiteró lo dicho en la SL1399-18, en los siguientes términos:

"De acuerdo con lo anterior, la convivencia de los compañeros permanentes debe constatarse en los 5 años previos al fallecimiento del pensionado (...), puesto que, a diferencia del vínculo matrimonial, cuyas obligaciones personales no se agotan por la separación de facto, en tratándose de las uniones maritales de hecho, la cesación de la comunidad de vida tiene un efecto conclusivo de la unión y de sus obligaciones y deberes personales, y por ende el compañero deja de pertenecer al grupo familiar.

Vale aclarar que esta distinción, aunque podría parecer artificiosa y contraria al principio de no discriminación, en realidad no lo es, ya que se funda en las especificidades propias del matrimonio y de la unión marital de hecho, único criterio que ha sido aceptado por la jurisprudencia constitucional como legítimo para establecer diferencias entre cada uno de estos vínculos familiares (C-1035-2008)".

Con el anterior soporte legal y jurisprudencial, en el *sub examine* se deberá establecer si la actora acredita el requisito de la convivencia durante los cinco años inmediatamente anteriores a producirse la muerte del pensionado que ocurrió el 30 de junio de 2017.

En esa dirección, la parte actora esgrime que la convivencia se mantuvo por espacio de 5 años y hasta que se produjo el óbito del señor Luis Eduardo Rueda Moreno y, para ello trae al cartulario declaración extra juicio que realizó el mismo pensionado el 1 de abril de 2016, misma en la que se anotó **"SEGUNDO: Declaro bajo la expresión de seriedad que convivo en unión libre de forma permanente y bajo el mismo techo desde hace cuatro (4) años con la señora GLORIA PATRICIA RAMÍREZ RESTREPO con cédula de ciudadanía No. 57.437.889 de Santa Marta, quien depende económicamente de mí para todos sus necesidades, y en caso de mi fallecimiento es mi ÚNICA Beneficiaria."**

De la misma manera, se arrimaron los testimonios Guillermo Alirio Saltaren y Aleyda Isabel Rueda Díaz; el primero de ellos, vecino y amigo de la pareja, manifestó que observó convivir a la señora Ramírez Restrepo y Luis Eduardo Rueda Moreno como pareja, quienes tuvieron una unión marital desde abril de 2012, cohabitando hasta el momento del fallecimiento del causante. Declaró que la actora y el pensionado vivieron en el barrio Concepción de la ciudad de Santa Marta, presenciando que cohabitaron en dicho lugar con la madre de los jóvenes, Iván Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías. Narró que el pensionado estuvo casado, pero no residía con ella, precisando que ellos mantuvieron convivencia por más de 5 años.

Por su parte la señora Aleyda Isabel Rueda Díaz, hija del causante, hizo saber que conoció a la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo desde el año 2011, data en la que supo que mantenía una relación sentimental con el señor Luis Eduardo Rueda Moreno, quienes, al año siguiente, oficializaron la unión, iniciando a convivir desde abril de 2012 de forma permanente en el barrio Concepción de la ciudad de Santa Marta, cohabitando con su cuñada y los dos menores, situación que le constó ante sus múltiples visitas a la pareja y su comunicación continua con su padre.

De las pruebas reseñadas concluye la Sala que efectivamente alcanzó demostración la acreditación de la convivencia que exige la disposición legal citada para acceder a la prestación pensional solicitada, sin que el interrogatorio de parte que se le practicó a la actora tenga la suficiencia para infirmar las declaraciones que se recibieron de las testimoniales, pues ésta ratificó lo aseverado por Guillermo Alirio Saltaren y Aleyda Isabel Rueda Díaz, es decir, la convivencia real y efectiva con vocación de permanencia y conformación de vínculos de afecto, solidaridad y socorro mutuo dentro de los últimos 5 años de vida del causante. Tampoco se desvirtúa por el hecho de que en la investigación administrativa se haya llegado a conclusión distinta, ello en atención a que los diferentes medios de prueba que se adosaron al cartapacio dejan evidencia el vínculo afectivo y la comunidad de vida que tuvo la demandante con el causante desde el año 2012 hasta 30 de junio de 2017 fecha en que se produce su fallecimiento.

De hecho es notorio el error frente a la conclusión que se tomó con base en la investigación administrativa, pues en esta, contrario a lo dicho por la censura, se logra extraer que al momento del fallecimiento, el pensionado convivía con la señora Ramírez Restrepo, quienes mantuvieron una relación sentimental por espacio de 5 años previos a su deceso, pues así se extrae de las versiones de las señoras Julie Patricia Alvarez Martínez, Marta Isabel Macías Díaz y Aleyda Isabel Rueda Díaz, que se registraron en el informe y que valoradas en su conjunto, daban cuenta sin mayor esfuerzo de su permanencia como pareja durante el lapso requerido.

Así entonces, queda claro que en efecto la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo sí tuvo una convivencia durante los últimos 5 años de vida del causante, pues no se verifica que, desde abril de 2012, fecha que identifican los testigos, como el inicio de su relación sentimental y convivencia, estos hayan sufrido una separación, pues, al contrario, las declaraciones que se recaudaron así como las demás pruebas obrantes en el proceso, dan cuenta de su permanencia como pareja, versiones que resultan creíbles para la Sala,

debido a su consonancia y consistencia, ya que se encuentran respaldadas por la narración de las circunstancias concretas de tiempo, modo y lugar en que percibieron los hechos, dejando entrever que presenciaron de manera directa todos los actos propios de la relación afectiva y convivencia entre la pareja dado el vínculo de amistad, familiaridad y vecindad.

De conformidad con lo anterior, al aplicarse los criterios de la sana crítica en racional y libre persuasión en términos del artículo 61 del CPT y de la SS, se extrae que con el acervo probatorio recaudado se probó que Gloria Patricia Ramírez Restrepo convivió en calidad de compañera permanente con el de cujus por espacio superior a los 5 años anteriores al deceso, por lo que forzoso es concluir, entonces, que tiene derecho a acceder a la pensión de sobrevivientes.

Sentado lo anterior, la Sala se pronunciará respecto del derecho que les asiste a los jóvenes Iván Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías.

8. Derecho reclamado por Iván Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías

8.1. Parentesco. Con relación al parentesco que mantuvo el occiso con los jóvenes Iván Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías, de entrada, advierte la Sala que no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar el lazo familiar entre estos, pues los registros civiles de nacimiento de los menores y que fueron aportados al plenario, nada dicen sobre este aspecto. No obstante, como la UGPP reconoce la calidad de nietos del causante, en tanto no fue controvertido en juicio, se tendrá como un hecho cierto.

8.2. Requisitos para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. A efecto de resolver los asuntos puestos a consideración de esta Corporación, el A quo sostuvo que la regla aplicable a la situación objeto de controversia era la contenida en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 y los diversos pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en cuanto definen que los hijos de crianza pueden ser beneficiarios del derecho pensional.

Para la Sala, la interpretación dada por el cognoscente de primer grado según la cual, los hijos de crianza pueden ser acreedores al beneficio de la prestación económica, se ajusta al contenido y alcance que la jurisprudencia de la máxima corporación de esta especialidad le ha dado al artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003. En efecto, dicha Corporación en sentencia SL 1939-2020, consideró que, bajo un concepto amplio de familia, la pensión de sobrevivientes puede ser extendida a la familia de crianza, cuya elucidación es la mejor que se aviene a la Constitución Política y a las demás normas del sistema general de pensiones. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral reflexionó:

*Por ende, **ante la defensa de un concepto amplio de la familia, y su protección sin lugar a discriminaciones por razón de su conformación, para la Corte no cabe duda de que la pensión de sobrevivientes con los requisitos previstos originalmente por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, así como la que introdujo la Ley 797 de 2003, se extiende a la familia de crianza**, es decir, se repite, aquella en donde la convivencia continua, el afecto, la protección, el auxilio y respeto mutuos van consolidando núcleos familiares de hecho, que por esa razón, el derecho no puede desconocer ni discriminar cuando se trata del reconocimiento de una prestación que implica mantener la protección económica que le brindó la persona que asumió responsablemente y por solidaridad, la paternidad. (Subrayado y resaltado fuera del texto)*

Y para ello, así como en la sentencia con radicación 17607 del 6 de mayo de 2002, la Sala precisó que esa relación paterno-filial debe ser contundente para merecer la

protección de la seguridad social, de forma tal que no sea el producto de un fraude o un aprovechamiento ilegítimo de quien reclama, en esta ocasión es necesario reiterar, que para establecer esa calidad, se requiere demostrar: i) el reemplazo de la familia de origen, esto es, la relación de facto que se genera con otra persona por fuera del vínculo consanguíneo o civil, incluso, puede ser un pariente o familiar que asumió ese rol; ii) los vínculos de afecto, protección, comprensión y protección, que se asimilan a las obligaciones previstas en el artículo 39 de la Ley 1098 de 2006 –CIA- que permiten distinguir la interacción familiar entre sus miembros; iii) el reconocimiento de la relación de padre y/o madre e hijo, en el sentido que no sólo basta el desarrollo de las manifestaciones de protección integral a quien se sumó al nuevo núcleo familiar, pues puede darse el caso que a pesar de que quien fue acogido en dicho entorno, no necesariamente vea a sus protectores como padres, por lo que se requiere que ante la sociedad, incluso en el ámbito familiar, se pueda exhibir esa condición; iv) el carácter de indiscutible permanencia, que no significa establecer un límite de tiempo específico y arbitrario de verificación de esos lazos afectivos, sino como lo ha explicado la jurisprudencia constitucional, un término razonable en el cual se pueda identificar el surgimiento de la familia de crianza y su desarrollo, al punto de que verdaderamente se hayan forjado los vínculos afectivos, y; v) la dependencia económica, como requisito esencial no sólo para acceder a la prestación pensional de sobrevivientes, sino como elemento indispensable de identificación de quien se exhibe como padre o madre y su relación con un hijo, a efectos de proporcionarle a éste último la calidad de vida esencial para el desarrollo integral, que al desaparecer la persona que hacía posible ese cometido de la paternidad responsable, el beneficiario se ve afectado.”

Así las cosas, es claro que ningún desafuero cometió al señalar que el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, no excluía a los miembros de la familia de crianza como posibles beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en tanto que dicho criterio en la actualidad se mantiene, en sentencias SL2415-2022, SL1020-2021, SL971-2021 y SL3312-2020, providencias que no sobra precisar devienen de la Sala permanente de dicha Corporación y encuentran consonancia con el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias T-525 de 2016, T-316 de 2017, T- 281 de 2018 y T-279 de 2020.

Entonces, como se admite la extensión del derecho a la pensión de sobrevivientes para los miembros de la familia de crianza, en particular, a favor de los jóvenes Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías, de quienes se aduce la calidad de hijos de crianza del pensionado fallecido Luis Eduardo Rueda Moreno, la Sala entrará a verificar si como lo coligió el cognoscente de primer grado, se encuentran satisfechos los presupuestos necesarios y definidos para su conformación, que son: i) el reemplazo de la familia de origen, en específico por cuenta de la relación existente entre Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías y el pensionado; ii) la existencia de vínculos de afecto, protección, y comprensión entre los citados; iii) el reconocimiento de la relación; iv) la existencia de un vínculo indiscutible de permanencia; vi) y por último la dependencia económica de quien se alega la condición de hijos de crianza respecto del pensionado fallecido.

8.3. El reemplazo de la familia de origen. Ha de señalarse que se escuchó a Nuvis del Carmen Orozco Amaya y Liliana Esther Cardona Pertuz, testimonios de la parte demandante, cuyas declaraciones dejaron claro el vínculo de consanguinidad que tenían con su progenitor Elkin Alfonso Rueda Díaz, fue reemplazado por la relación desarrollada con Luis Eduardo Rueda Moreno.

En efecto, la primera de ellas en forma espontánea manifestó el conocimiento personal del pensionado, dada la amistad que sostenía con él, quien dio cuenta del establecimiento del vínculo de relación afectuosa que se desarrolló entre estos, desde que el progenitor de los menores los abandonó, afirmando que éste no solventaba sus gastos, ni estuvo durante el desarrollo emocional y físico de los menores, aseverando fehaciente que el

fallecido se comportó como un padre para los jóvenes, llenando el vacío que dejó su padre natural.

De la misma forma, Liliana Esther Cardona Pertuz, quien señala ser madrina de Iván Daniel, indicó que la familia estaba conformada por el señor Luis Eduardo Rueda Moreno, Gloria Patricia Ramírez Restrepo, su comadre y los dos jóvenes, quienes vivían en el barrio de la Concepción. Refirió que el progenitor de los adolescentes se radicó en Venezuela desde que aquellos eran pequeños, de quien no tienen conocimiento en la actualidad, razón por la cual, el fallecido hizo las veces de abuelo y papá de los niños.

Tales afirmaciones fueron corroboradas por Iván Daniel Rueda Macías, quien en declaración señaló que Gloria Patricia Ramírez Restrepo hacía parte de su núcleo familiar, como compañera permanente de Luis Eduardo Rueda Moreno, viviendo en el barrio Concepción. Refirió que su abuelo siempre soportó sus gastos, estuvo pendiente de sus actividades educativas y deportivas, dejando en evidencia que aquél se comportaba como su padre.

De allí que se encuentra demostrado que el pensionado asumió el rol de padre frente a los menores, por tanto, se cumple con este primer requisito.

8.4. Vínculos de afecto, protección, comprensión y su reconocimiento a nivel social. Sobre estos aspectos, la testimonial resulta igualmente coincidente y útil, ya que los testigos reflejan su existencia, en tanto que señalaron que el señor Luis Eduardo Rueda Moreno se proyectó como un buen padre de familia, quien siempre estuvo pendiente de ellos, tanto de su manutención como de su situación afectiva, educativa, cultural y emocional. Sostuvieron que esas manifestaciones de afecto fueron observadas por parte de la comunidad, ante su ingreso en la escuela de fútbol de la ciudad, quienes en la actividad deportiva reflejaban esos lazos de familiaridad.

8.5. La existencia de un vínculo indiscutible de permanencia. En relación con ello, las testigos al unísono manifestaron que las personas en cuestión vivieron en la casa del barrio Concepción de la ciudad de Santa Marta, de propiedad del fallecido, hasta la muerte del mismo. Evidenciaron que aquel prodigó cuidado y protección como padre responsable, quien asumió esa condición desde niños, ante el abandono que efectuó su progenitor.

8.6. Dependencia económica. De las testimoniales sale a relucir la sujeción económica de los jóvenes frente al pensionado fallecido, la cual se expresaba en el suministro diario de alimentación, cubrimiento de gastos por conceptos de educación y recreación. En este punto, sobresale la declaración de Liliana Esther Cardona Pertuz, quien manifestó con detalle que el señor Luis Eduardo Rueda Moreno dispensaba voluntariamente el sustento económico de estos, dada la dejación que realizó su progenitor, de quien no se tiene noticia de su paradero.

9. Conclusión. Significa lo dicho en precedencia, que no se equivocó el fallador de primer grado al colegir que los jóvenes tienen derecho al igual que la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo, al reconocimiento y pago de la prestación económica reclamada a partir del 30 de junio de 2017. Lo anterior significa que, en atención a la subregla jurisprudencial que se citó, esta Sala puede tener por satisfechos los requisitos de procedencia, de allí que se siga confirmar en lo que hace a este punto la sentencia consultada y apelada.

10. Prescripción. Verifica la Sala que la encartada propuso como excepciones de fondo, entre otras, la de prescripción en la contestación de la demanda, frente a la cual ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años,

término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.

Ahora, tiene dicho la Sala con fundamento en los artículos 2541 y 2530 del Código Civil del C.C., que, entrándose de menores de edad, el término de prescripción se suspende hasta que estos alcancen la mayoría de edad; punto frente al cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha expresado, por ejemplo, en sentencia SL1724 de 2018, que rememoró la decisión SL10641-2014, que:

"En armonía con los artículos 2541 y 2530 del código civil, la Corte tiene establecido que, frente a los menores de edad, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción, es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, o su representante ejerza en su nombre el derecho de acción y en virtud del mismo presente la respectiva demanda."

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 y hecho exigible la pensión desde el 30 de junio de 2017, es claro que el término de prescripción no operó, conforme las siguientes consideraciones:

- **Iván Daniel Rueda Macías.** Se tiene que para la fecha de causación de la prestación económica el joven era menor de edad, pues contaba con 13 años al 30 de junio de 2017, por haber nacido el 15 de julio de 2003, por lo que el término de prescripción se suspendió hasta cuando aquél alcanzó la mayoría de edad, esto es, 15 de julio de 2018, pese a que se haya elevado solicitud pensional el 25 de septiembre del 2017, resuelta a través de la Resolución núm. 041079 del 30 de octubre y confirmada mediante acto administrativo RDP 047319 de diciembre de 2017. Así las cosas, es claro que entre la fecha en que se levantó la suspensión y la presentación de la demanda (30 de octubre de 2018), no transcurrió el término trienal establecido en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T.
- **Elkin Daniel Rueda Macías.** Como la fecha de causación de la prestación económica el joven era menor de edad, por haber nacido el 12 de abril de 2008, condición que a la fecha de presentación de la demanda mantiene, pues contaba con 10 años, es claro que se encuentra en suspenso el término de la prescripción, de ahí que no haya lugar a declarar la excepción probada.
- **Gloria Patricia Ramírez Restrepo.** Tampoco hay lugar a declarar probado tal medio extintivo, ya que la obligación al hacerse exigible el 30 de junio de 2017 y presentada la reclamación el 22 de agosto de 2017, resuelta por la UGPP mediante Resolución núm. 041079 del 30 de octubre, confirmada mediante acto administrativo RDP 047319 de diciembre de 2017, es claro que a partir de allí debía accionar por la vía judicial el reconocimiento pensional, y como quiera que entre la exigibilidad del derecho, la respuesta y presentación de la demanda, que lo fue el 28 de agosto de 2018 por la compañera permanente, 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.

En consecuencia, se confirmará en lo que hace a este punto la sentencia la sentencia apelada y consultada, pero por las anteriores razones.

11. Condena en abstracto. Es claro para la Sala que por virtud de lo dispuesto en el artículo 283 del C.G.P. los jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos; no obstante, en el presente asunto se hace imposible determinar el retroactivo pensional causado a favor de los demandantes a partir del 30 de junio de 2017 y hasta la

fecha de esta sentencia, toda vez que no se tiene certeza si las condiciones pensionales de los jóvenes aún deben mantenerse o no por cumplimiento, en tanto que no se tiene certeza que por efectos del cumplimiento de la mayoría de edad, ostentan la calidad de estudiantes, pues sobre este fundamental aspecto no obra prueba alguna en el proceso.

En consecuencia, tal y conforme lo advirtió el fallador primigenio, deberá la **UGPP** distribuir la pensión de sobrevivientes entre los beneficiarios declarados, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 y el Decreto 1889 de 1994, a partir del 30 de junio de 2017, en un 100% del valor de la pensión que en vida percibió el señor Luis Eduardo Rueda Moreno, en 14 mesadas pensionales.

Cabe advertir, que el derecho de Iván Daniel y Elkin Daniel Rueda Macías, en calidad de hijos de crianza beneficiarios del causante sólo se mantendrá vigente desde la fecha en que se haga exigible la prestación económica y hasta que cumplan la mayoría de edad o hasta los 25 años, siempre y cuando se acredite la situación de estudiantes durante dicho interregno. Luego en el evento en que el derecho pensional de los jóvenes se extinga o se pierda, la prestación económica reconocida a favor de Gloria Patricia Ramírez Restrepo por esta Sala, deberá ser cancelada en un 100% a partir de la data en que ello ocurra, en los términos del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003 y el artículo 8° del Decreto 1889 de 1994.

12. Intereses moratorios. Frente a este punto de apelación, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, según la cual los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 1993, se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensiones** reconocidas en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

En este punto, resulta relevante destacar que, aunque en sentencia **SL1681-2020**, se sentó el criterio de que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 aplican a todo tipo de pensiones legales, **reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones**, la Sala, en virtud del respeto del precedente constitucional y en especial a la fuerza vinculante que deviene de la ratio decidendi de las sentencias de control abstracto y unificación de la Corte Constitucional, acoge en su integridad el criterio que sobre la materia se encuentra fijado en las sentencias C-601 de 2000, SU-230 de 2015 y SU-065 de 2018, según las cuales los señalados réditos aplican para **todo tipo de pensiones, aun cuando se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993**.

Posición que se repite ha de ser atendida por esta Corporación, como quiera que las decisiones de la citada suprema autoridad constitucional son obligatorias y vinculantes, tanto en la parte resolutiva como en su ratio decidendi, es decir, en la regla que sirve para resolver la controversia, sin que exista una razón de peso que justifique apartarse de las mismas, por lo que resulta imperativo su observancia en acatamiento del precedente constitucional.

Así las cosas, la Sala concluye que los intereses moratorios deben aplicarse a todo tipo de pensiones, con independencia de que el derecho pensional se haya causado con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, criterio que valga decir coincide con la aclaración de voto que el Magistrado, Dr. Gerardo Botero Zuluaga, realizó

frente a la SL1681-2020, considerando que en armonía con la sentencia C-601 de 2000 y SU 065 de 2018, la autoridad constitucional en "sede de control abstracto, indica que las entidades encargadas del reconocimiento de prestaciones propias del sistema de seguridad social 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"

Frente a su causación, ha establecido la misma Corporación, que: *"se causan a partir del plazo máximos de 2 meses a que se refiere el artículo 1º de la ley 717 de 2001"*, y que *"de forma excepcionalísima y particular, (...) la imposición de los intereses moratorios no opera cuando la decisión de negar la pensión tiene un respaldo normativo o porque proviene de la aplicación minuciosa de ley"* (CSJ SL787-2013), o en el caso de la pensión de sobrevivientes cuando la negativa de reconocer la pensión reclamada se sustenta en que el asegurado o pensionado no dejó satisfechos los requisitos que prevé la normativa aplicable (SL14918-2016, radicado 52073), así como también *"cuando existan razones atendibles al amparo del ordenamiento jurídico vigente al caso decidido, o por aplicación de reglas jurisprudenciales"* (SL1019-21)

Descendiendo al caso objeto de estudio, ninguna de las excepciones antes descritas se configura, ya que se aprecia de manera meridiana la equivocada postura de la UGPP al establecer la inexistencia de la convivencia de la pareja, cuando esta se desprende del mismo haz probatorio que con anterioridad se citó. Por ello, yergue palmaria la prosperidad de los condignos intereses de mora del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 1º de la ley 717 de 2001, dos meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub judice, la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo presentó la solicitud el 22 de agosto de 2017, por lo que la entidad tenía hasta el 22 de octubre del mismo para reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes en debida forma, pero como ello no sucedió, hay lugar al reconocimiento de los intereses moratorios a partir de esta última fecha, pero únicamente a favor de la promotora de la litigio, quien apeló sobre este punto la sentencia de primer grado.

13. Indexación de las mesadas adeudadas. No procede esta pretensión ante la procedencia de los intereses moratorios que se otorgaron a favor de la demandante **Gloria Patricia Ramírez Restrepo**, pues, conforme lo ha explicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 856-2021 los intereses moratorios y la indexación son incompatibles, ya que en esta última se entiende incluida en los intereses.

Sin embargo, se mantendrá incólume la sentencia de primer grado, en cuanto condenó a la UGPP la indexación de las mesadas a favor de los menores, punto frente al cual, se insiste, no hubo reproche, ello con el fin de disminuir la pérdida de su poder adquisitivo como lo concluyó el fallador de primera instancia esto es, desde la fecha de causación de cada mesada pensional hasta cuando se produzca el pago efectivo.

14. Retroactivo pensional y excepción de prescripción. Afirma la demandante que el retroactivo pensional fue reconocido mediante Resolución No. RDP 5315 del 6 de febrero de 2013, que modificó el acto administrativo núm. 120 de 24 de febrero de 2006, a favor del señor Luis Eduardo Rueda Moreno en cuantía de \$41.575.537,44, mismo que no se encuentra afectado por el fenómeno de la prescripción, ante las múltiples peticiones que se radicaron por ella y en vida el pensionado.

Sobre este punto de censura, para la Sala resulta palmario, que aun cuando la actora aduce en el escrito genitor que el fallecido no recibió la cantidad que le fue reconocida en los actos administrativos ya citados, por ende, debe ser condenada la encartada a su pago, tal situación fáctica no amerita su estudio bajo esta cuerda procesal, en tanto que, al ser reconocido su derecho a recibir las mesadas pensionales en cita por la UGPP, en los términos señalados en las resoluciones, lo adecuado era reclamar los derechos a través del proceso ejecutivo laboral que se sigue en lo dispuesto en el artículo 100 del C.P.T. y de la S.S. y, no en el propio del ordinario laboral.

En ese contexto, no puede perderse de vista que el objeto de esta demanda se centra en el pago de las mesadas pensionales causadas entre noviembre de 2004 a febrero de 2006, por valor de \$41.575.537,44 **valor que como se citó en precedencia fue debidamente reconocido por la encartada**, de ahí que no sea viable declarar, un derecho que a propio mutuo ya fue reconocido. Así se dijo en sentencia de radicación 37767 del 5 de abril del 2011, por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

"(...) Al estar reconocido el derecho, es lógico concluir que no era posible una segunda declaración en ese sentido, luego el camino a seguir como bien lo dijo el Tribunal, era hacerlo efectivo, a través del proceso ejecutivo, por lo menos en lo que hace con los créditos reconocidos en el reseñado acto. (...)"

Por manera que se sigue revocar el numeral 4º de la sentencia proferida en primera instancia, sin que sea dable tampoco estudiar si en efecto operó el fenómeno de la prescripción declarada por la UGPP mediante Resolución RDP 055391 del 5 de diciembre de 2013, pues esto será objeto de estudio dentro del proceso ejecutivo.

15. Costas en primera instancia. Por último, en lo atinente al recurso de apelación de la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo referente a las costas que no impuso el juzgador de primer grado en su favor; cumple recordar que el artículo 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que, si la UGPP fue vencida en juicio, es procedente gravar las mismas, ya que para ello no es relevante el hecho de que manifieste que la entidad obró de buena fe o al margen de la Ley, pues lo imperativo de la norma es tener en cuenta si la parte fue vencida en juicio, lo cual, aconteció.

Así las cosas, se **REVOCARÁ** parcialmente el numeral octavo de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas a la UGPP y únicamente a favor de la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo. Líquidense en primera instancia.

16. Costas en segunda instancia. Sin costas en esta instancia, por no haber sido causadas.

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 5º de la sentencia proferida el 21 de octubre del 2022, por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, el cual queda así:

"QUINTO: CONDENAR a la demandada **UGPP** a pagar en favor de la señora **Gloria Patricia Ramírez Restrepo** en su calidad de compañera permanente, como a los jóvenes **Elkin Daniel Rueda Macías** e **Iván Daniel Rueda Macías**, en su calidad de hijos de crianza, el valor del retroactivo pensional a

que tienen derecho, de conformidad con los porcentajes establecidos en la Ley para cada uno, esto a partir del 1º de julio de 2017, conforme a lo expuesto.”

SEGUNDO: REVOCAR parcialmente el ordinal 6º de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** a la **UGPP** a reconocer y pagar a favor de **GLORIA PATRICIA RAMÍREZ RESTREPO**, los intereses moratorios a partir del 22 de octubre de 2017 y hasta el pago efectivo del retroactivo causado.

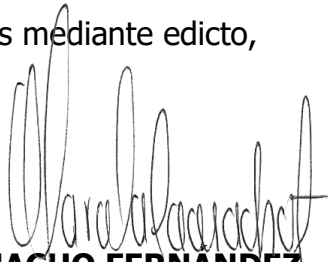
TERCERO: ADICIONAR la sentencia de primer grado y, en consecuencia, **CONDENAR** a la **UGPP** a indexar el retroactivo causado a favor de los jóvenes **ELKIN DANIEL RUEDA MACÍAS** e **IVÁN DANIEL RUEDA MACÍAS**, hasta la fecha en que se efectúe dicho pago.

CUARTO: REVOCAR parcialmente el numeral 8º de la sentencia apelada, para en su lugar, **CONDENAR** en costas a la UGPP y únicamente a favor de la señora Gloria Patricia Ramírez Restrepo. Líquidense.

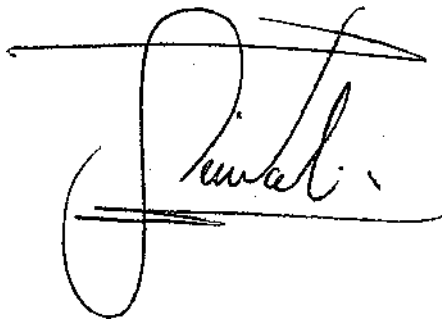
QUINTO: En lo demás, **MANTENER** incólume la sentencia de primer grado.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

(En uso de permiso)
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-