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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MANUEL ALBERTO GARAVIZ ROBAYO***
DEMANDADO:	***FONCEP***
RADICACIÓN:	***14-2017-00741-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE Y FONCEP***
TEMA:	***PENSIÓN SANCIÓN - EDIS-***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Manuel Alberto Garaviz Robayo instauró demanda ordinaria contra FONCEP con el fin de que se **CONDENE** a la demandada a reconocer y pagarle una pensión sanción de conformidad con lo establecido en la Ley 171 de 1961 a partir de la fecha en que el actor cumpla los 60 años de edad, la cual deberá ser liquidada con el promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 26 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 24 de diciembre de 1959, por lo que cumple los 60 años de edad el 24 de diciembre del 2019; que prestó sus servicios mediante contrato de trabajo a la Empresa Distrital de Servicios EDIS entre el 17 de diciembre de 1979 al 31 de agosto de 1994, es decir, por 14 años, 8 meses y 15 días; que desempeñó el cargo de obrero; que el salario promedio devengado en el último año de servicios fue de $375.426,50; que mediante oficio DRI-15-4701-94 del 30 de agosto de 1994 se le comunicó la terminación de su contrato, lo cual fue ordenado mediante la Resolución N° 3459 de la misma fecha; que la terminación del contrato se dio por decisión unilateral por parte de la empresa EDIS sin justa causa; que ostentó durante su vinculación la calidad de trabajador oficial; que tiene derecho a que se le reconozca la pensión sanción establecida en la Ley 171 de 1961, por cumplir con sus requisitos; que la Ley 797 del 2003 que modificó la Ley 100 de 1993 conservó los derechos adquiridos; que el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 para los funcionarios del Distrito Capital de Bogotá y sus entidades descentralizadas entró a regir el 30 de junio de 1995 con la expedición del Decreto 348 del 29 de junio de 1995; que la Empresa EDIS fue liquidada mediante Decreto 495 del 31 de julio de 1996, en el cual además se estableció que BOGOTA D.C. sustituía a dicha empresa en sus obligaciones; que cuando la empresa le dio por terminado su contrato

no lo tenía afiliado al Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993; que a partir del Decreto 655 del 28 de diciembre del 2011 la representación judicial de Bogotá DC está a cargo del FONCEP; que agotó reclamación en la cual solicitó el reconocimiento de la pensión sin obtener respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 36) sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación del FONCEP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción, pues no cumple con los requisitos establecidos para ello, toda vez que su despido no fue sin justa causa ya demás porque al momento del despido no contaba con la edad requerida para acceder a la pensión sanción. Propuso como excepciones de fondo las de petición antes de tiempo, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de la indexación de la pensión sanción, prescripción de las mesadas salariales, prescripción de los factores salariales y la genérica. (fol. 53 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero del 2019 en la que el fallador de primera instancia condenó al FONCEP -BOGOTA D.C. a reconocer y pagar al demandante una pensión restringida de jubilación a partir del momento en que acredite el cumplimiento de los 60 años de edad, en cuantía de un SMMLV, junto con los incrementos legales y las mesadas adicionales de junio y diciembre. Absolvió de las demás pretensiones de la demanda. Declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada. Sin costas en esa instancia. (CD fol. 66)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 171 de 1961; que el derecho se causó con el tiempo de servicio y el despido; que la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad, por lo que no se puede hablar de petición antes de tiempo porque no ha cumplido la edad. Que cumple con los requisitos para acceder a una pensión sanción que fue despedido injustamente y cuenta con más de 10 años. Que su pensión debe liquidarse teniendo en cuenta una tasa de reemplazo del 55.13% del promedio de los salarios lo cual arroja la suma de $206.972,62 suma inferior al SMMLV por lo que se reconoce una pensión en cuantía de salario mínimo. Señaló que no se ordena indexar el salario desde la fecha del despido al momento en que cumpla los 60 años de edad, pues esto no fue solicitado de manera expresa en la demanda. No condenó en costas a la demandada sin explicar por qué.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe condenar en costas al FONCEP por ser la parte vencida en el proceso. (C.D. fol. 66).

6. Recurso de apelación FONCEP en representación de BOGOTA D.C. interpuso recurso de apelación argumentando que, sí existe una petición antes de tiempo, pues no había cumplido la edad requerida. Que el retiro del actor no obedeció a un retiro voluntario por lo que no tiene derecho a la pensión reclamada, pues el contrato finalizó por la liquidación de la EDIS. Que no cumple con los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993. Que el despido fue con justa causa. Que la EDIS le pagó la correspondiente indemnización al momento en que lo despidió.

7. Alegatos FONCEP. Señaló que el demandante no tiene derecho a la pensión sanción toda vez que no cumple con los requisitos para obtener dicha prestación, pues

su despido no se efectúo sin justa causa y además a la fecha del despido no contaba con la edad requerida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿El retiro del actor fue voluntario o se trató de un despido sin justa causa?; (ii) ¿El actor tiene derecho a que se le reconozca la pensión sanción contenida en la Ley 171 de 1961? (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción propuesta por la demandada de petición antes de tiempo? y (iv) ¿Se debe condenar en costas al FONCEP?

Aspectos no discutidos en esta instancia

No existe discusión en esta instancia, pues así fue declarado por el fallador de primera instancia y no mereció ningún reparo de las partes, lo siguiente:

- ✓ El señor MANUEL ALBERTO GARAVIZ ROBAYO laboró al servicio de la EDIS liquidada entre el 17 de diciembre de 1979 al 31 de agosto de 1994, fecha a partir de la cual se le da por terminado el contrato de trabajo por la liquidación del empleador y que durante la relación laboral desempeñó el cargo de obrero (trabajador oficial), lo cual se corrobora con la certificación expedida por la Subdirectora Administrativa de Información de Archivos de la EDIS LIQUIDADA (fol. 9 y s.s.), el contrato de trabajo (fol. 15 y s.s.), la carta de terminación del contrato (fol. 18), la Resolución N° 3459 de 1994 por medio de la cual se da por terminado el contrato de trabajo (fol. 19) y la liquidación del contrato (fol. 21).

- ✓ Que nació el 24 de diciembre de 1959, conforme aparece en la fotocopia de la cédula (fol. 2) y en el registro civil de nacimiento (fol. 3 y s.s.), por lo que cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2019.

- ✓ Que para los trabajadores de la EDIS el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 entró a regir el **30 de junio de 1995** conforme los dispuso el Decreto 348 de 1995.

Pensión sanción

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si el actor tiene derecho a la pensión sanción que reclama en su demanda, lo primero que debe precisar la Sala es que la normatividad aplicable al caso del actor es la **Ley 171 de 1961,** la cual se encontraba vigente al momento del finiquito ocurrido el día 31 de agosto de 1994. (criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 584-2020).

Sentado lo anterior, debe precisar la Sala que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, creó indistintamente para trabajadores oficiales y particulares la pensión proporcional de jubilación, estableciendo dos modalidades, a saber: la primera, **una pensión restringida de jubilación**, la cual se concretaba cuando ocurriera un retiro voluntario

del trabajador, y, la segunda, **una pensión sanción** que se daba por terminación del contrato sin justa causa, que es la pensión que se pretende en esta Litis.

En este orden, es claro que se equivocó el apoderado de la demandada, cuando en su recurso señala que no es procedente reconocer la pensión sanción al actor porque no se produjo un retiro voluntario, pues está confundiendo la pensión sanción ahora reclamada, con la pensión restringida de jubilación, que es la que exige como requisito un retiro voluntario, por lo que no es de recibo su petición.

Ahora, la normatividad precitada exige para tener derecho a una pensión sanción (i) que el contrato de trabajo haya finalizado sin justa causa y (ii) que el trabajador haya laborado entre 10 y 15 años para la empresa, pues el cumplimiento de los 60 años de edad, es tan sólo un requisito de exigibilidad, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ entre otras en la sentencia SL 336-2020.

En cuanto al requisito exigido de terminación del contrato sin justa causa, contrario a lo dicho por el apoderado de la demandada, si se encuentra probado, pues como ya se dijo, no se discute que el contrato celebrado entre la EDIS y el demandante **finalizó por la liquidación del empleador el 31 de agosto de 1994**. Frente a este tema ha indicado nuestra CSJ de manera reiterada y uniforme, entre otras, en la sentencia SL 608-2020 que no obstante haberse extinguido, de manera unilateral por la entidad en liquidación o en reestructuración, la relación laboral que trabó a las partes, en atención a razones de orden legal, tal circunstancia no se halla dentro de las causales establecidas por el artículo 48 del Decreto 2127 de 1945 como «justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo» y en virtud a ello, es decir, al carácter taxativo de la disposición no es posible valorar de justa la señalada causa legal.

Adicionalmente, el actor logró probar que prestó sus servicios para la EDIS por 14 años, 8 meses y 14 días, ya que laboró entre el 17 de diciembre de 1979 al 31 de agosto de 1994, por lo que cumple con los dos requisitos para dejar causado el derecho desde el momento en que finalizó su contrato, pues se reitera que la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad.

Bajo ese entendido, que la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad y que el derecho a la pensión sanción se causó desde el 31 de agosto de 1994, fecha en que se le dio por terminado el contrato de trabajo, es claro que no hay lugar a declarar probada la excepción de "petición antes de tiempo" interpuesta por la demandada, como quiera que dicha excepción prospera cuando para el momento en que es incoada la acción el derecho pretendido no ha nacido a la vida jurídica, lo cual no ocurre en el presente caso, como quiera que la demanda fue radicada el 30 de noviembre del 2017, como se observa en el acta individual de reparto visible a folio 32 y para esa fecha el actor ya había causado su derecho a la pensión sanción pretendida.

Costas

Teniendo en cuenta que efectivamente- como lo sostiene el apoderado de la parte demandante - la condena en costas de conformidad con el artículo con el artículo 365 del CGP, procede contra la parte vencida en el proceso que en este caso fue FONCEP, se revoca la absolución impartida por este concepto y se le condena en costas de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 29 de enero del 2019, por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar CONDENAR en costas de primera instancia a la parte demandada.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandada. Se fijan como agencias en derecho la suma de $750.000 las cuales serán liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ANGEL MANUEL FIGUEROA PÉREZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.***
RADICACIÓN:	***16-2018-00039-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE HAYA SIDO DESFAVORABLE)***
TEMA:	***CALCULO ACTUARIAL Y RELIQUIDACIÓN PENSION***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ÁNGEL MANUEL FIGUEROA PÉREZ instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS con el fin de que se declare que entre Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y el demandante existió un contrato de trabajo; que dicha empresa no realizó los aportes a pensión del demandante del 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992; condenar a Colpensiones a que le reliquide su pensión teniendo en cuenta dichos períodos y se le paguen las diferencias adeudadas de manera indexada; condenar a Colpensiones que realice el cálculo actuarial correspondiente para el pago de las cotizaciones no realizadas a pensión por parte de la empresa demandada; condenar a Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS que pague el valor del cálculo actuarial; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 17 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 10 de abril de 1947; que sostuvo un contrato de trabajo con Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS desde el 16 de marzo de 1989 al 17 de julio del 2007; que el 20 de abril del 2007 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez; que mediante Resolución N° 004240 del 30 de abril del 2007 el ISS le reconoció pensión de vejez al demandante a partir del 1° de mayo del 2007; que el demandante acreditó ante el ISS 729 semanas cotizadas a pensión; que el IBL fue de $870.857 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 57%; que el valor de la primera mesada pensional fue de $496.388; que para la liquidación de la mesada

pensional no se tuvo en cuenta el tiempo laborado por el demandante en Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS del 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 24); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que se opone a reliquidar la pensión del actor, como quiera que mediante la Resolución N°004240 del 30 de abril del 2007 se liquidó su pensión conforme a derecho. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y buena fe. (fol. 46 y s.s.)

4. Contestación de Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS. Contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo y sus extremos y se opuso a las demás pretensiones argumentando que el actor fue contratado para laborar en Puerto Wilches y que en dicho Municipio el Estado sólo cumplió con su obligación de abrir oficinas del entonces ISS para el 1° de diciembre de 1992, fecha en la cual se afilió de inmediato al demandante en dicho Instituto. Indicó que antes de esa fecha no existía la obligación legal de afiliar y efectuar aportes en pensiones al ISS por ausencia de cobertura en el Municipio de Puerto Wilches. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, pago, cobro de lo no debido y la genérica. (fol. 64 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 12 de febrero del 2019 en la que el fallador de primera instancia condenó a Colpensiones a efectuar el cálculo actuarial por la omisión en la cotización por parte de Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS entre el 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992; condenar a Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS a pagar el valor del cálculo actuarial; condenar a Colpensiones a reliquidar el monto de la mesada pensional del actor en cuantía inicial de $548.639,91 a partir del 1° de mayo del 2007, debiendo pagar las diferencias pensionales generadas; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las diferencias causadas con anterioridad al 30 de noviembre del 2014. (CD fol. 84 mit.)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos. Que la CSJ tiene sentado que, aunque no existiera cobertura en el Municipio de Puerto Wilches antes del 1° de diciembre de 1992 el empleador si debe asumir el pago del cálculo actuarial. Que se encuentra probado que Colpensiones le reconoció pensión a partir del 1° de mayo del 2007en cuantía inicial de $496.388 por cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 teniendo en cuenta 729 semanas y una tasa de reemplazo del 57%. Que al habilitar las semanas del cálculo actuarial se tiene 919 semanas, por lo que al actor le corresponde una tasa de reemplazo del 63%, por lo que se reliquida su pensión. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible, lo cual no ocurre con las diferencias reclamadas las cuales se encuentran prescritas con anterioridad al 1° de diciembre del 2014, como quiera que la reclamación sólo la presentó el mismo día y mes del año 2017.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS_** interpuso recurso de apelación insistiendo en que se revoque la condena en su contra, pues en el lugar donde laboraba el demandante no existía cobertura por lo que no tenía la posibilidad de afiliarlo.

7. Alegatos demandante. Indicó que es evidente que PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S. afilió al demandante al Sistema de Seguridad Social el 3 de diciembre de 1992, pese a que la relación laboral inició el 16 de marzo de 1989 y en consecuencia, el empleador no realizó el pago de los aportes a pensión reclamados. Que la CSJ ya ha indicado que pese a que no existía cobertura el empleador debe asumir el cálculo actuarial.

8. Alegatos Colpensiones. Los argumentos esgrimidos por la apoderada de Colpensiones están dirigidos a un proceso de incrementos del 14% y no al aquí nos ocupa, por lo que no serán tenidos en cuenta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa Palmas Oleaginosas SAS a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo que el actor laboró con anterioridad al 2° de diciembre de 1992, a pesar de que lo hizo en un Municipio en el cual en ese momento no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?; (iii) ¿El actor tiene derecho a la reliquidación de su pensión de vejez?; (iv) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

Relación Laboral / Pago de cotizaciones

En el presente caso, no se discute que el señor Ángel Manuel Figueroa Pérez prestó sus servicios para la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y que ésta no efectúo las cotizaciones pensionales correspondientes al período laborado entre el 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992, teniendo en cuenta que en el Municipio (Puerto Wilches) en que el actor prestó sus servicios, el ISS no tenía cobertura y tampoco estaba obligada en esa época a realizar cotizaciones para el ISS.

Cálculo actuarial

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si se debe condenar a la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS a pagar el cálculo actuarial reclamado, a pesar de que antes del 2 de diciembre de 1992 no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad, basta con remitirnos a la nueva postura de la H. CSJ entre otras en la sentencia SL 2138-2016 y SL 543-2020 en la que se señaló que si bien es cierto, no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente *"omisivo"*, habida cuenta de que la falta de cotización al ISS, se debe al hecho de que en el área o localidad donde se cumplía el trabajo podía no haber cobertura por parte de la entidad de seguridad social, lo cierto es que tampoco puede perjudicarse al trabajador quien prestó sus servicios y por tanto, tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligación de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado; y obligación del empleador pagar un cálculo

actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

En consecuencia, se confirma la condena impartida en primera instancia, por lo que la empresa Palmas Oleaginosas SAS deberá pagar la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore el ISS.

Responsable de la elaboración del cálculo actuarial

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

Reliquidación pensión de vejez

No existe discusión en cuanto a que el Seguro Social hoy Colpensiones reconoció al actor mediante la Resolución Nº 004240 del 30 de abril del 2007, una pensión de vejez a partir del 1º de mayo del 2007 en cuantía inicial de $496.388, la cual fue liquidada teniendo en cuenta 729 semanas y un IBL de $870.857 al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 57%. (fol. 6 y s.s.)

Como la apelación de Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS resuelta anteriormente no prosperó, es claro que se deben adicionar a la historia laboral de Colpensiones **192.82 semanas**, por el período comprendido entre el 16 de marzo de 1989 al 2 de diciembre de 1992, siendo procedente la reliquidación de la pensión del actor. Ahora, teniendo en cuenta las 729 semanas señaladas por Colpensiones en su historia laboral arroja un total de **921.82 semanas.**

Ahora bien, como no existe discusión en cuanto al IBL calculado en la Resolución Nº 004240 del 30 de abril del 2007 en $870.857, habría lugar a modificar únicamente la tasa de reemplazo la cual corresponde a **69%** teniendo en cuenta el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990 y que el actor cuenta con 921.82 semanas (729 semanas reflejadas en la resolución precitada más 192.82 semanas habilitadas mediante el presente proceso). No obstante lo anterior, como quiera que el fallador de primera instancia señaló que la tasa de reemplazo correspondía a 63% la cual resulta inferior a la aquí calculada, aspecto que fue apelado por el demandante, sin que en esta instancia se pueda hacerse más gravosa la situación de Colpensiones a quien se le está conociendo el presente proceso en consulta, se decide mantener la tasa de reemplazo señalada por el a quo.

Por tanto, al aplicar la tasa de reemplazo reconocida en el presente proceso de 63% arroja una mesada inicial de **$548.639,91**, la cual deberá ser reajustada anualmente, como lo señaló el a quo.

Prescripción (Diferencias pensionales)

Como quiera que la pensión de la demandante se reconoció a partir del 1º de mayo del 2007; que presentó la reclamación el 1° de diciembre del 2017 (fol. 30) y que radicó la demanda el 12 de enero del 2018, conforme aparece en el acta individual de reparto (fol. 20), es claro que alcanzó a transcurrir el término de 3 años establecido en el art. 151 del

CPT y de la SS, por lo que acertó el A quo cuando declaró probada la excepción de prescripción en relación con las diferencias causadas con anterioridad al **1° de diciembre del 2014.**

Finalmente, deberá adicionarse la sentencia proferida en primera instancia, condicionando la orden de reliquidación impartida a COLPENSIONES una vez PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS efectúe el pago de los aportes objeto de condena, pues ellos constituyen su base de reliquidación y financiación.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 12 de febrero del 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, ordenando a COLPENSIONES a efectuar reliquidación de la pensión del señor ÁNGEL MANUEL FIGUEROA PÉREZ, una vez PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS efectúe el pago de los aportes objeto de condena, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ DARY RAMÍREZ (CÓNYUGE SUPÉRSTITE)***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y MARÍA ROBERTINA ALVÁREZ BARRAGAN***
RADICACIÓN:	***1100131050-20-2018-00441-01***
ASUNTO:	***APELACIÒN DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ DARY RAMÍREZ en calidad de cónyuge instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que es beneficiaria de la pensión de sobreviviente desde el 29 de octubre del 2017, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: mediante la Resolución GNR 3331 del 21 de enero del 2013 se le reconoció pensión de vejez al causante a partir del 16 de febrero del 2012, en cuantía de un salario mínimo; que comenzó a convivir con el causante el 10 de junio del 2010 al 19 de diciembre del 2013 en unión marital de hecho; que el 20 de diciembre del 2013 contrajo matrimonio con el causante en la Notaría 49 del Círculo de Bogotá; que convivieron del 10 de junio del 2010 al 29 de octubre del 2017; que nunca se separaron; que dependía económicamente del causante; que era beneficiaria en salud del causante; que solicitó ante Colpensiones la pensión de sobreviviente la cual le fue negada, indicándole que la pensión deprecada ya fue reconocida a la señora María Robertina Álvarez Barragán en calidad de compañera permanente mediante la Resolución SUB 291880 del 18 de diciembre del 2017 y que no logró probar la convivencia exigida.

2. Auto admisorio de la demanda. Mediante auto del 24 de julio del 2018 el fallador de primera instancia admitió la demanda en contra de COLPENSIONES y la señora MARÍA ROBERTINA ALVÁREZ BARRAGÁN. (fol. 30)

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

4. Contestación de MARÍA ROBERTINA ALVÁREZ BARRAGÁN. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que si bien es cierto que la demandante y el causante contrajeron matrimonio civil, lo cierto es que este solamente duró 3 años, 10 meses y 9 días. Que el causante nunca compartió techo y lecho con la demandante, pues siempre ivió con la señora María Robertina. Que la demandante no cumple con los requisitos exigidos por la Ley 797 del 2003. Propuso como excepción de fondo la de falta de requisitos legales para acceder a una pensión de sobreviviente. (fol. 38 y s.s.)

5. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no acredita los requisitos establecidos en la Ley 797 del 2003 y que dicha pensión ya fue reconocida a la señora MARÍA ROBERTINA ALVAREZ BARRAGÁN en calidad de compañera permanente quien acreditó los requisitos exigidos en la normatividad vigente. Propuso como excepciones de mérito los de inexistencia del derecho y de la obligación, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 69 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de febrero del 2019, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 101 mit. 1:34:20)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003; que se probó que la demandante y el causante contrajeron matrimonio en el año 2013. Que las declaraciones extrajuicio allegadas fueron desconocidas por Colpensiones y se solicitó su ratificación. Que únicamente se trajo una testigo la cual fue contradictoria, incluso con su misma declaración extrajuicio. Que no existe certeza de que hayan convivido antes del 2013 cuando se casaron. Que como el señor falleció en el 2017 la demandante no alcanzó a convivir con él los 5 años exigidos, por lo que no tiene derecho a la pensión de sobreviviente pretendida.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la demandante interpuso recurso de apelación argumentando que no se tuvieron en cuenta las documentales que aportó la parte demandada, en las cuales se evidencia que la convivencia con la litisconsorte necesario fue hasta el 2009, pues sólo aporta la historia clínica hasta el año 2009. Que la testigo Yazmin Lorena no fue contradictoria, simplemente tiene un lapsus. Que la demandante y el causante se conocieron y que después se casaron en el 2013 al 2017. Que la demandante siguió asistiendo al causante en el hogar geriátrico. Que del 2010 al 2013 vivieron en unión libre. Que de los testigos de la demandada no se logra inferir que paso entre el 2010 al 2017.

8. Alegatos Colpensiones. Manifestó que no es cierto que la señora Luz Dary Ramírez por el sólo hecho de mantener su vínculo matrimonial vigente, tuviera derecho preferente sobre la pensión de sobreviviente, pues en su caso, no se dejó demostrada la comunidad de vida de los cónyuges. Que de la pruebas obrantes en el proceso no se evidencia que sean suficientes para acreditar la convivencia exigida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La señora Luz Dary Ramírez, logró probar la convivencia de 5 años con anterioridad al fallecimiento del señor Jorge Eliecer Castro Ortíz y por tanto, tiene derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobreviviente?

Calidad de Pensionado

Para resolver el problema jurídico planteado, lo primero que se debe advertir es que se encuentra demostrado que el señor **JORGE ELIECER CASTRO ORTÍZ** (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de pensionado, según da cuenta la Res. GNR 3331 del 21 de enero del 2003, como consta a folio 23, hecho que fue aceptado en la contestación de la demanda.

Pensión de sobreviviente reconocida por Colpensiones

También se encuentra probado dentro del expediente que Colpensiones mediante la Resolución SUB 291880 del 18 de diciembre del 2017, reconoció la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Castro Ortíz a la señora MARÍA ROBERTINA ALVÁREZ BARRAGAN en calidad de compañera permanente, por haber acreditado ante dicha entidad los requisitos exigidos en la normatividad vigente.

Fallecimiento señor Jorge Eliecer Castro Ortíz

Adicionalmente, no existe discusión respecto al hecho del fallecimiento del señor JORGE ELIECER CASTRO ORTÍZ (q.e.p.d.), el cual se encuentra acreditado con el registro defunción que milita a folio 14, de cuyo contenido se extrae que la fecha del deceso tuvo lugar el 29 de octubre del 2017, como se indicó en el libelo incoatorio.

Normatividad aplicable

En consecuencia, la normatividad aplicable para decidir el objeto de la Litis, son los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la ley 797 de 2003, por ser las normas vigentes al momento del óbito ocurrido en octubre del 2017. (Criterio expuesto por nuestra CSJ en la sentencia SL 701-2020)

Requisitos sustitución pensional – Luz Dary Ramírez

La norma precitada, establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la cónyuge son fundamentalmente dos: de una parte la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento, y

de otra parte, **acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.**

1) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora LUZ DARY RAMÍREZ, nació el 7 de mayo de 1959, según da fe la Resolución SUB 89201 del 5 de abril del 2018, luego para la muerte del señor JORGE ELIECER CASTRO ORTÍZ (q.e.p.d.), contaba con 58 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

2) Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, la demandante manifestó desde la presentación de la demanda que convivió con el señor Jorge Eliecer Castro Ortíz desde el 10 de junio del 2010, inicialmente en unión marital de hecho y posteriormente formalizaron su relación a través de matrimonio, en el año 2013.

El fallador de primera instancia manifestó que, la señora LUZ DARY RAMÍREZ no probó haber convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento; arguyó que únicamente se probó la convivencia desde el momento en que contrajeron matrimonio en el año 2013 y no durante tiempo que se aduce convivieron en unión marital de hecho desde el 2010, como tampoco que la convivencia fuera hasta el fallecimiento del señor Castro Ortíz.

Teniendo en cuenta que la inconformidad de la demandante radica en que se logró probar la convivencia con el causante desde el año 2010 y hasta la data del fallecimiento, se proceden a revisar las pruebas recaudadas, encontrando que le asiste razón al fallador de primera instancia, pues ninguna de ellas da cuenta que la señora Luz Dary Ramírez convivió con el causante en ese interregno.

Nótese que frente al extremo inicial de convivencia que la activa pretende hacer valer, esto es, junio del 2010, la señora Jazmín Lorena Ramírez Montes- única testigo dentro del proceso- indica que la demandante conoció al causante para junio del 2010, pero nada dijo sobre la convivencia desde la mencionada data. Además, tal y como lo dijo el a quo, su declaración es contradictoria, por lo que no genera ninguna credibilidad a la Sala, pues inicia señalando que vivió en el Barrio Meissen desde el año 2017, para posteriormente manifestar que conoció al causante en el año 2010, cuando residía en el Barrio Meissen. Finalmente, indica que vivió dos años con la demandante y el causante en el Barrio Meissen para el año 2013.

En cuanto al extremo final de la convivencia de la demandante con el causante, también la testigo se contradice, pues en un primer momento señala que la pareja convivió hasta el fallecimiento y que nunca se separó, sin embargo, después refiere que no sabe donde vivía el señor Castro Ortíz al momento del deceso. Señala finalmente, que sí convivieron hasta el fallecimiento ya que la demandante lo visitaba en el hogar geriátrico donde estaba internado, hecho del cual obtuvo conocimiento por comentarios de la señora Luz Dary, tratándose en consecuencia de una simple testigo de oídas.

Por su parte la demandante al absolver el interrogatorio de parte manifiesta que, convivió con el causante hasta marzo del 2017, pues cuando el señor Castro Ortíz se enfermó se fue a vivir con sus hijos, quienes lo internaron en un hogar geriátrico desde julio del 2017. Confiesa que incluso unos meses antes de ser internado en el hogar geriátrico dejó de convivir con el causante.

Tan claro es que no siguieron con ánimo de seguir conformando una familia a pesar de la distancia, que la demandante señala en su interrogatorio que ni siquiera asistió al funeral del señor Castro Ortíz y manifiesta escuetamente que su inasistencia se debió a no quería.

Finalmente, debe precisársele al apoderado de la parte demandante que el hecho de que la Señora María Robertina Álvarez Barragán -litisconsorte necesario en el presente proceso- únicamente haya allegado documentales que prueban su convivencia hasta el año 2009, ello no significa que con posterioridad a dicha data quede demostrado que el causante convivió con la aquí demandante.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la demandante no cumplió con la carga probatoria que tenía de demostrar que había convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de febrero del 2019, por el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000, las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad al art. 366 CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA DEL CARMEN MISAS CUBILLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A.***
RADICACIÓN:	***22-2017-00276-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA ALMACAFE Y DEMANDANTE CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE HAYA SIDO DESFAVORABLE)***
TEMA:	***CALCULO ACTUARIAL***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA DEL CARMEN MISAS CUBILLO instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Almacenes Generales de Depósito de Café SA -ALMACAFE- con el fin de que se declare que Almacafe es responsable de pagar a Colpensiones el cálculo actuarial necesario para que a la demandante le sean validadas las semanas de cotización del 26 de febrero de 1969 al 28 de febrero de 1977; ordenar a Colpensiones que liquide el correspondiente cálculo actuarial; ordenar a Almacafe que pague el cálculo actuarial; ordenar a Colpensiones que registre en la historia laboral las semanas pagadas con el cálculo actuaria y las costas del proceso. (fol. 22 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 22 de julio de 1951, por lo que tiene 65 años de edad; que al 31 de diciembre de 2016 contaba con 928.57 semanas cotizadas conforme a la historia laboral expedida por Colpensiones; que el entre el 26 de febrero de 1969 y el 28 de febrero de 1983 laboró para la empresa Almacafe SA; que su empleador no la afilió entre el 26 de febrero de 1969 y el 28 de febrero de 1977; que solicitó información a su empleador del por qué no la había afiliado, quien le señaló que para la fecha en que ella laboró no existía cobertura en el Municipio del Líbano Tolima; que solicitó a Colpensiones que efectúe el cálculo actuarial, sin obtener una respuesta favorable.

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

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda como quiera que no es responsable de las prestaciones económicas sino a partir de la afiliación del trabajador. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar y la genérica. (fol. 43 y s.s.)

4. Contestación de Almacafe SA. Contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo y sus extremos y se opuso a las demás pretensiones argumentando que el actor fue contratado para laborar en el Líbano Tolima y que en dicho Municipio no se encontraba bajo la cobertura que ofrecía el Seguro Social en los riesgos de invalidez, vejez y muerte; toda vez que no había sido convocada a inscripción. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de causa para pedir, pago y la genérica. (fol. 60 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero del 2019 en la que el fallador de primera instancia ordenó a Colpensiones que realice el respectivo cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión para el período comprendido entre el 26 de febrero de 1969 al 28 de febrero de 1977; condenó a Almacafe a pagar el cálculo actuarial en el porcentaje que como empleador le corresponde; ordenó a la demandante que efectúe el pago del porcentaje legal que le corresponde por concepto de aportes pensionales; ordenó a Colpensiones que registre en la historia laboral del demandante las semanas pagadas en el cálculo actuarial y declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 83 mit. 13:21)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos. Que la CSJ tiene sentado que aunque no existiera cobertura en el Municipio de Líbano Tolima el empleador si debe asumir el pago del cálculo actuarial. Que al no haber sido una omisión del empleador no se puede exonerar al demandante que pague el % de la cotización que le correspondía.

6. Impugnación y límites del ad quem. **El demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que ya le descontaron el porcentaje de la liquidación a la que se le condena; que se debe revisar la condena que se le impone y que de ser necesario se decreten pruebas de oficio.

7. Impugnación y límites del ad quem. **Almacafe SA** interpuso recurso de apelación insistiendo en que se revoque la condena en su contra, pues en el lugar donde laboraba el demandante no existía cobertura por lo que no tenía la posibilidad de afiliarlo. Señala que no debe asumir el % completo de la cotización pues no fue por omisión que no afilió a la demandante. Que sólo se debían a ver los aportes que hacen falta para que la demandante adquiera una pensión mínima y no todos los que se deben. Que como no se demostró el salario se debe hacer las cotizaciones con el mínimo.

8. Alegatos de conclusión demandante. Solicita se revoque el numeral tercero de la sentencia apelada y se confirme en todo lo demás. Señala que en el proceso se encuentra probado que la demandada no realizó los aportes a seguridad social con anterioridad al año 1977, por lo que es su obligación validar dichos períodos mediante el pago de un cálculo actuarial a satisfacción de la entidad administradora. Indica que la CSJ ya ha sido clara al señalar que se debe pagar el cálculo actuarial así no existiera cobertura de servicios en el municipio de Líbano Tolima. Finalmente, manifiesta que la demandada debe asumir la totalidad del cálculo actuarial adeudado.

9. Alegatos de conclusión Colpensiones. Indica que lo que aquí se debate es una situación ajena a Colpensiones ya que ella sólo maneja asuntos pensionales y no en materias laborales como la existencia de una vinculación laboral. Que frente a dicha entidad existe una falta de legitimación en la causa por pasiva.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa Almacafe SA a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo que la actora laboró para ellos entre el 26 de febrero de 1969 al 28 de febrero de 1977, a pesar de que lo hizo en un Municipio en el cual en ese momento no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) ¿Atinó el a quo al condenar a la demandante a pagar un porcentaje de la cotización a seguridad social?; (iii) ¿Solamente deben hacerse las cotizaciones por el tiempo que le hace falta a la demandante para tener derecho a la pensión y no todas las adeudadas?; (iv) ¿Se debe realizar el cálculo actuarial tomando como salario devengado el salario mínimo? y (v) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?

Relación laboral / Cotizaciones Pensionales

En el presente caso, no se discute que la señora María del Carmen Misas Cubillos prestó sus servicios para la empresa Almacafe SA y que ésta no efectúo las cotizaciones pensionales correspondientes al período laborado entre el 26 de febrero de 1969 al 28 de febrero de 1977, teniendo en cuenta que en el Municipio (Líbano-Tolima) en que la actora prestó sus servicios, el ISS no tenía cobertura y tampoco estaba obligada en esa época a realizar cotizaciones para el ISS.

Cálculo actuarial

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si se debe condenar a la empresa Almacafe SA a pagar el cálculo actuarial reclamado, a pesar de que para el período del 26 de febrero de 1969 al 28 de febrero de 1977 no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad, basta con remitirnos a la nueva postura de la H. CSJ entre otras en la sentencia SL 2138-2016 y SL 543-2020 en la que se señaló que si bien es cierto no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente *"omisivo"*, habida cuenta de que la falta de cotización al ISS, se debe al hecho de que en el área o localidad donde se cumplía el trabajo podía no haber cobertura por parte de la entidad de seguridad social, lo cierto es que tampoco puede perjudicarse al trabajador quien prestó sus servicios y por tanto, tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligación de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado, y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

En consecuencia, se confirma la condena impartida en primera instancia a la empresa Almacafe S.A.

Porcentaje que debe asumir la demandada

Debe indicarse que se equivocó el fallador de primera instancia cuando condenó a la empresa **Almacafe SA** únicamente en el porcentaje de la cotización que debía asumir como empleador y cuando impuso condena a la demandante ordenándole que asumiera un porcentaje de dicha cotización, como quiera, esto es un argumento nuevo que no fue planteado en las excepciones por parte de Almacafe SA al contestar la demanda, por lo que no fue discutido dentro del presente proceso y por tanto, no se podía imponer dicha condena a la demandante.

En consecuencia, se modifica la condena impartida en primera instancia, para ordenar que la empresa **Almacafe S.A.** pague la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES y se revocará la condena impuesta a la demandante.

Respecto a la tesis de la pasiva relacionada con que sólo se debían hacer los aportes que le hacían falta a la demandante para adquirir el derecho a la pensión y que debe cotizarse sobre el SMMLV, debe recalcarse que también se trata de argumentos nuevos que no fueron propuestos como excepciones al contestar la demanda por lo que no se hará ningún pronunciamiento al respecto. Además, se le recuerda a Almacafe que el cálculo actuarial debe hacerse sobre los salarios realmente devengados por la demandante.

Responsable de efectuar el cálculo actuarial

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de febrero del 2019, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a **ALMACAFE S.A.** que pague la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore el ISS.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JUAN MANUEL DÌAZ MOGOLLÒN***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.***
RADICACIÓN:	***22-2017-00402-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA Y DEMANDANTE Y CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE HAYA SIDO DESFAVORABLE)***
TEMA:	***CALCULO ACTUARIAL***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JUAN MANUEL DÍAZ MOGOLLÓN instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS, con el fin de que se declare que entre Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y el demandante existió un contrato de trabajo; que dicha empresa no realizó los aportes a pensión del demandante del 3 de mayo de 1988 al 2 de diciembre de 1992; condenar a Colpensiones que realice el cálculo actuarial correspondiente para el pago de las cotizaciones no realizadas a pensión por parte de la empresa demandada; condenar a Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS que pague el valor del cálculo actuarial; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 15 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: entre el demandante y Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS existió un contrato de trabajo el cual inició el 3 de mayo de 1988; que Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS afilió a la demandante al Sistema General de Pensiones el 3 de diciembre de 1992; que el contrato finalizó el 28 de febrero del 2014.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 32); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS. Contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo y sus extremos y se opuso a las demás pretensiones argumentando que el actor fue contratado para laborar en Puerto Wilches y que en dicho Municipio el Estado sólo cumplió con su obligación de abrir oficinas del entonces ISS para el 1° de diciembre de 1992, fecha en la cual se afilió de inmediato al demandante en dicho Instituto. Indicó que antes de esa fecha no existía la obligación legal de afiliar y efectuar aportes en pensiones al ISS por ausencia de cobertura en el Municipio de Puerto Wilches. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe de la demandada, y prescripción. (fol. 33 y s.s.)

4. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda como quiera que no hizo parte de la relación laboral que existió entre el demandante y Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS; que no tiene por qué asumir la negligencia del empleador. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y la genérica (fol. 97 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1° de abril del 2019 en la que el fallador de primera instancia ordenó a Colpensiones que realice el respectivo cálculo actuarial por concepto de aportes a pensión para el período comprendido entre el 3 de mayo de 1988 al 2 de diciembre de 1992; condenó a Palmas Oleaginosas Bucarelia a pagar el cálculo actuarial en el porcentaje que como empleador le corresponde debidamente indexado junto con los intereses moratorios si a ello hubiere lugar; ordenó al demandante que efectúe el pago del porcentaje legal que le corresponde por concepto de aportes pensionales debidamente indexado durante el tiempo no cotizado; ordenó a Colpensiones que registre en la historia laboral del demandante las semanas pagadas en el cálculo actuarial y declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 120 mit. 12:05)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos. Que la CSJ tiene sentado que aunque no existiera cobertura en el Municipio de Puerto Wilches antes del 1° de diciembre de 1992 el empleador si debe asumir el pago del cálculo actuarial. Que al no haber sido una omisión del empleador no se puede exonerar al demandante que pague el % de la cotización que le correspondía.

6. Impugnación y límites del ad quem. **El demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se está violando el principio de congruencia pues ni en las pretensiones, ni en los hechos de la demanda, ni en la contestación se debatió que el demandante debía pagar un porcentaje de la cotización en estos casos y que ni la ley, ni la jurisprudencia prevén dicha obligación.

7. Recurso de apelación Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS interpuso recurso de apelación insistiendo en que se revoque la condena en su contra, pues en el lugar donde laboraba el demandante no existía cobertura por lo que no tenía la posibilidad de afiliarlo.

8. Alegatos del demandante. Solicita se revoque la sentencia en cuanto impuso condena al demandante a un porcentaje del cálculo actuarial y en consecuencia se condene a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS al pago del 100% del cálculo actuarial y se mantenga en lo demás. Indica que al imponer condena al demandante sin mediar una pretensión se le viola el debido proceso.

9. Alegatos de Colpensiones. Manifestó que no goza de la calidad para formular o contradecir las pretensiones de la demanda, por cuanto no es sujeto de la relación jurídica sustancial. Que no se probó que la relación que se reclama competa a Colpensiones, por lo que se abstiene de pronunciarse de las pretensiones, pues se evidencia una falta de legitimidad en la causa por pasiva. Que no procede la condena en costas toda vez que dicha entidad ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal.

10. Alegatos Palmas Oleaginosas Bucarelia. Señala que se ratifica en los argumentos y reparos expuestos en el recurso de apelación por cuanto la sociedad demandada no está obligada a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial, pues desde el inicio dl contrato y solo hasta diciembre de 1992 no estuvo obligada afiliar forzosamente a sus trabajadores para el cubrimiento de los riesgos de IVM a través del ISS toda vez que en el Municipio de Puerto Wilches no había cobertura del ISS. Finalmente pide se revoque el fallo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa Palmas Oleaginosas SAS a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo que el actor laboró para ellos con anterioridad al 1° de diciembre de 1992, a pesar de que lo hizo en un Municipio en el cual en ese momento no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) ¿Atinó el a quo al condenar al demandante a pagar un porcentaje de la cotización a seguridad social? y (iii) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?

Relación laboral / Cotizaciones efectuadas

En el presente caso, no se discute que el señor Juan Manuel Díaz Mogollón prestó sus servicios para la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y que ésta no efectúo las cotizaciones pensionales correspondientes al período laborado entre el 3 de mayo de 1988 al 2 de diciembre de 1992, teniendo en cuenta que en el Municipio (Puerto Wilches) en que el actor prestó sus servicios, el ISS no tenía cobertura y tampoco estaba obligada en esa época a realizar cotizaciones para el ISS.

Cálculo actuarial

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si se debe condenar a la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS a pagar el cálculo actuarial reclamado, a pesar de que antes del 2 de diciembre de 1992 no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad, basta con remitirnos a la nueva postura de la H. CSJ entre otras en la sentencia SL 2138-2016 y SL 543-2020 en la que se señaló que si bien es cierto no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente *"omisivo"*, habida cuenta de que la falta de cotización al ISS, se debe al hecho de que en el área o localidad donde se cumplía el trabajo podía no haber cobertura por parte de la entidad de seguridad social, lo cierto es que tampoco puede perjudicarse al trabajador quien prestó sus servicios y por tanto tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligaciones de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado; y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

En consecuencia, se confirma la condena impartida en primera instancia a la empresa Palmas Oleaginosas SAS.

Porcentaje que debe asumir la demandada

Debe indicarse que se equivocó el fallador de primera instancia cuando condenó a la empresa **Palmas oleaginosas Bucarelia SAS** únicamente en el porcentaje de la cotización que debía asumir como empleador y cuando impuso condena al demandante ordenándole que asumiera un porcentaje de dicha cotización, como quiera, que tal y como lo dijo el apoderado del señor Díaz Mogollón, esto es un argumento nuevo que no fue planteado en las excepciones por parte de Palmas Oleaginosas Bucarelia al contestar la demanda, por lo que no fue discutido dentro del presente proceso y por tanto, no se podía imponer dicha condena al demandante.

En consecuencia, se modifica la condena impartida en primera instancia, en el sentido de ordenar que la empresa ***palmas oleaginosas bucarelia SAS*** pague la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES, en consecuencia, se revocará la condena impuesta al demandante

Entidad encargada de realizar el cálculo actuarial

Teniendo en cuenta que se ordenó a la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS pagar los aportes a pensión por el período en que no se encontraba afiliado el actor, es claro que dicho pago debe hacerse mediante cálculo actuarial previamente elaborado por Colpensiones entidad a la cual se le va hacer el pago. Por lo que se confirma dicha condena.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 1° de abril del 2019 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS que pague la totalidad de la cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore COLPENSIONES, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÌA HELENA CRUZ PUERTA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***13-2018-00138-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda Colpensiones
Colpensiones contestó la demanda señalando que no puede hacer ni un allanamiento, ni una oposición, como quiera que la pretensión de nulidad no se dirige contra ella. Señala

que se opone aceptar a la demandante, pues la afiliación al RAIS es válida y no se probó ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación y compensación. (fol. 35 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. La AFP COLFONDOS contestó con oposición señalando que sí brindó la asesoría integral y completa a la demandante respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alegada, prescripción, buena fe, compensación, pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad, ausencia de vicios del consentimiento y la genèrica. (fol. 78 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 4 de abril del 2019 en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 158 Min. 4:34)

Como sustento de su decisión indicó que la demandante firmó el formulario de afiliación con lo cual se logra probar su decisión de trasladarse de manera libre y voluntaria. Indica que para que se pueda declarar la nulidad del traslado el afiliado debía ser beneficiario del régimen de transición o tener un número considerable de semanas antes del traslado. Que no era posible explicarle para ese momento cuáles eran o las ventajas de cada régimen.

6. Impugnación y límites del ad quem –demandante. Impugnó la decisión argumentando que quien tenía la carga probatoria era la AFP. Que no bastaba con la firma del formulario el cual era un documento preexistente. Que la AFP debía demostrar que le brindó la información requerida.

7. Alegatos de la AFP Colfondos. La apoderada de la AFP COLFONDOS manifestó que teniendo en cuenta que no habían interpuesto ningún recurso contra la sentencia proferida en primera instancia, no presentarían alegatos.

8. Alegatos de la demandante. Indicó que la carga probatoria está en cabeza de la AFP. Solicita se acoja la línea jurisprudencia de la CSJ. Que la AFP no probó que brindó la información necesaria a la demandante al momento del traslado.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia

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

Ineficacia del traslado de régimen- No nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora María Helena Cruz Puerta cotizó a al ISS entre el 1° de enero de 1995 al 31 de julio del 2000, conforme aparece en la historia laboral allegada en el expediente administrativo (fol. 48) y que el 10 de junio del 2000 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (FOL. 100)

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

Lo cual no probó la AFP COLFONDOS S.A. dentro del expediente 13-2018-00138-01, pues no se evidencia ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer que sí le brindó la información requerida a la señora María Helena Cruz Puerta

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

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no hizo.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legitima

Respecto al tópico relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón al Juez dentro del proceso al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ pues la

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

Devolución de los gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 4 de abril del 2019, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora MARÍA HELENA CRUZ PUERTA y en consecuencia, se ordena a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO. - CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PORVENIR S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO.- SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP COLFONDOS y de COLPENSIONES.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÌA MARTHA LÓPEZ CÀRDENAS (CÒNYUGE SUPERSTITE)***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-09-2015-01119-01***
ASUNTO:	***CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA MARTHA LÓPEZ CÁRDENAS, en calidad de cónyuge supérstite, instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que sostuvo un vínculo matrimonial con el señor JOSÉ LUÍS CÁRDENAS (q.e.p.d.) entre el 5 de abril de 1986 al 7 de diciembre del 2009 y que es la única beneficiaria de la sustitución pensión en su condición de cónyuge supérstite. Como consecuencia se condene a Colpensiones a reconocer y pagar la sustitución pensional a partir del 7 de diciembre del 2009, la cual deberá ser reajustada anualmente y pagarse junto con las mesadas adicionales, los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 10 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: que contrajo matrimonio con el señor José Luís Cárdenas (q.e.p.d.) el 5 de abril de 1986; que fruto de su unión fue procreado un hijo llamado Diego Alberto Cárdenas López; que convivieron de forma singular, estable y permanente, compartiendo mesa y lecho desde el día del matrimonio y por aproximadamente 20 años; que nunca se divorciaron, ni cesaron los efectos civiles de su matrimonio; que el señor José Luís Cárdenas falleció el 7 de diciembre del 2009; que al momento de su fallecimiento se encontraba devengado una pensión por parte del ISS hoy Colpensiones; que solicitó el reconocimiento de la sustitución pensional ante Colpensiones sin obtener una respuesta favorable bajo el argumento de que existía controversia en la convivencia con el causante.

2. Auto admisorio de la demanda

Mediante auto del 18 de abril del 2016, el fallador de primera instancia admitió la demanda y ordenó vincular a la señora **MARÍA CONCEJO FORERO** en su condición

de compañera permanente como tercera ad excludendum y como representante de la menor **GERALDINE CÁRDENAS FORERO**, quien viene recibiendo la sustitución pensional por el fallecimiento del señor Cárdenas, y también se ordenó vincular como tercera ad excludendum a la señora **MARÍA ESPERANZA GALVIS PACHÓN**, en calidad de compañera permanente del causante. (fol. 22)

3. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 24); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

4. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no cumple con los requisitos exigidos en la Ley 797 del 2003 para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente del señor José Luís Cárdenas, pues no demostró haber convivido con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento. Propuso como excepciones de fondo buena fe de Colpensiones, **prescripción**, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado y la genérica. (fol. 34 y s.s.)

5. Contestación de MARÍA CONCEJO FORERO. Mediante memorial del 30 de agosto del 2016 contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la señora María Martha López Cárdenas no convivió con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento. Señalando que el causante desde el 19 de julio de 1971 al 15 de julio de 1986 y del 26 de agosto de 1995 a septiembre de 1991 compartió techo, lecho y mesa con ella, en donde fueron procreados cuatro hijos. Indicó además que cuando terminó la convivencia con ella, el causante se fue a convivir con la señora María Esperanza Galvis Pachón (q.e.p.d.). que quien tiene derecho es GERALDINE CÁRDENAS FORERO hija del señor Cárdenas quien a la fecha del fallecimiento era menor de edad y que actualmente tiene menos de 25 años y se encuentra estudiando. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho a la sustitución pensional por falta de cumplimiento de los requisitos de la Ley 797 del 2003 y buena fe. (fol. 56 y s.s.)

6. Contestación de GERALDINE CÁRDENAS FORERO. Mediante memorial del 30 de septiembre del 2016, contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la señora María Martha López Cárdenas no convivió con el causante los 5 años anteriores a su fallecimiento. Señalando que el causante convivió hasta el año 1997 con su progenitora la señora María Concejo Forero, en donde fueron procreados cuatro hijos. Señala que es a ella a quien le asiste derecho en su condición de hija del causante. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho a la sustitución pensional por falta de cumplimiento de los requisitos de la Ley 797 del 2003, buena fe, falta de presupuestos legales y la genérica. (fol. 56 y s.s.)

7. Vinculación de la señora MARÍA ESPERANZA GALVIS PACHÓN. Mediante auto del 11 de julio del 2017, el fallador de primera instancia señaló que teniendo en cuenta que se acreditó el fallecimiento de la señora María Esperanza Galvis se emplazaba a sus herederos indeterminados. (fol. 100)

8. Herederos indeterminados. Se designó curador ad litem para que represente a los herederos indeterminados quien manifestó que no presentara ninguna excepción por desconocer los detalles de la relación laboral (sic). (fol. 127 y s.s.)

9. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de junio del 2019, en la que el fallador de primera instancia condenó a Colpensiones a pagar a

la demandante María Martha López Cárdenas el 50% de la sustitución pensional que venía percibiendo el pensionado José Luís Cárdenas (q.e.p.d.) a partir del 7 de diciembre del 2009 en la suma de $318.058.5, junto con las mesadas adicionales, sumas que deberán pagarse de manera indexada al momento de su pago y se dispone que dicho porcentaje se incremente al 100% cuando la hija del causante deje de tener derecho. Absolver a Colpensiones de las demás pretensiones. Absolvió a las demás intervinientes de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 153 mit. 0:36)

Su decisión se basó en que se logró probar la convivencia de 5 años de la demandante en calidad de cónyuge con el causante y que si bien al momento del fallecimiento no convivían juntos siguió la ayuda mutua.

10. Alegatos demandante. Manifiesta que a la demandante le asiste el derecho a la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, pues si bien no convivieron los últimos de 3 años fue por razones de trabajo. y que fue ella la única que cumplió requisitos para acceder a la sustitución pensional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿La señora María Martha López Cárdenas es beneficiaria de la sustitución pensional con ocasión del fallecimiento del señor señor José Luís Cárdenas (q.e.p.d.), quien aduce fue su cónyuge?, en caso positivo (ii) ¿Hay lugar al pago del retroactivo pensional a partir del 7 de diciembre de 2009, así como a la indexación de las mesadas pensionales?

Fallecimiento del señor José Luís Cárdenas

Para resolver el problema jurídico lo primero que debemos advertir es que, el fallecimiento del señor señor JOSÉ LUÍS CÁRDENAS (q.e.p.d.), se encuentra acreditado con el registro de defunción que milita a folio 5, el cual precisa que la fecha del deceso tuvo lugar el 7 de diciembre de 2009, como se indicó en el libelo incoatorio.

Calidad de pensionado

Se encuentra demostrado que el señor señor JOSÉ LUÍS CÁRDENAS (q.e.p.d.), ostentaba el estatus de pensionado, según da cuenta la Res. 11506 del 28 de abril del 2010, que corre a folio 6, hecho que fue aceptado en la contestación de la demanda.

Normatividad aplicable

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

Requisitos sustitución pensional

La norma precitada establece los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia, que en el caso de la cónyuge son fundamentalmente dos, de una parte, la edad, esto es, acreditar 30 o más años de edad al momento del fallecimiento, y de otra parte, acreditar vida marital y convivencia no menos de 5 años continuos con anterioridad a la muerte del pensionado.

(i) Edad

Con relación al primer requisito no existe reparo alguno, puesto que la señora MARÍA MARTHA LÓPEZ CÁRDENAS, nació el 1 de julio de 1949, según da fe la copia de su cedula de ciudadanía que obra a folio 6, luego para la muerte del señor JOSÉ LUÍS CÁRDENAS (q.e.p.d.), contaba con 59 años cumplidos, punto que no fue objeto de controversia por la pasiva.

(ii) Convivencia

Respecto al requisito de la convivencia, se puede afirmar que constituye el objeto de la litis por ser el punto de distanciamiento entre la accionante y COLPENSIONES, quien en Resolución GNR 276148 del 28 de octubre de 2013, resolvió negativamente la petición de pensión, bajo el argumento de no haberse logrado demostrar durante los 5 años anteriores al fallecimiento, como se extrae del contenido del documento obrante a folio

En el presente caso se observa que, la señora María Martha López Cárdenas contrajo **matrimonio** con el señor José Luís Cárdenas (q.e.p.d.) el 5 de abril de 1986 como se extrae del registro civil de matrimonio visible a folio 2 y que convivieron por más de 5 años en cualquier tiempo como lo relatan los testigos traídos al proceso entre los que se encuentra el señor Jairo Alberto Galindo (mit 29:44) quien manifestó conocer a la pareja desde el año 1985, señalando que la pareja se pasó a vivir a la casa contigua en el año 1985; afirma que en dicha casa vivieron 4 años y que posteriormente, se fueron a vivir a la casa comunal hasta el año 1995. Que hasta esa fecha tuvo conocimiento de la convivencia de la pareja, pues le tocó comenzar a viajar por su trabajo. Dicha declaración coincide con la del señor Martín Méndez Moreno (mit 39:40), quien manifestó conocer a la pareja desde hace 30 años por ser paisanos de la misma vereda y afirmó que visitaba con frecuencia a la pareja por lo que tenía conocimiento de dicha convivencia.

Conforme a lo anterior encuentra la Sala que, acertó el fallador de primera instancia al reconocer la pensión de sobreviviente a la demandante, no siendo necesario revisar como lo tiene sentado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 5150-2019, que la cónyuge separada de hecho continúo siendo parte de la familia del causante o que siguió la ayuda mutua entre ellos hasta el fallecimiento, como quiera que este tema ha sido revaluado por la Corte Constitucional como se observa en la sentencia T- 409 del 2018, oportunidad en la cual el máximo órgano de la jurisdicción constitucional dejó sentado que no se pueden exigir requisitos diferentes a los consagrados en el ordenamiento jurídico, el cual exige para la cónyuge separada de hecho:

(i) Acreditar la vigencia del vínculo matrimonial y
(ii) Haber convivido 5 años en cualquier tiempo,

Como fundamento de la decisión señala que con la reforma introducida por el inciso 3º del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, se mantiene el derecho a la prestación de quien estaba haciendo vida en común con el causante para cuando falleció, dando con ello realce a la efectiva y real vida de pareja -anclada en vínculos de amor y cariño y forjada en la solidaridad, la colaboración y el apoyo mutuos- constituyéndola en el fundamento esencial del derecho a la prestación por muerte. Pero, al mismo tiempo, se reconoce que, quien en otra época de la vida del causante convivió realmente con él, en desarrollo de una relación matrimonial formal, que sigue siendo eficaz, tenga derecho, por razón de la subsistencia jurídica de ese lazo, a obtener una prestación en caso de muerte de su esposo

Así las cosas, es claro que la señora López Cárdenas logró demostrar la convivencia exigida, por lo que acertó el fallador de primera instancia al condenar a Colpensiones a reconocerle la sustitución pensional deprecada a partir del 7 de diciembre del 2009, fecha del fallecimiento.

Cuantía de la pensión

En relación con la cuantía de la pensión, tal y como lo señaló el fallador de primera instancia, le corresponde a la accionante el 50% de la pensión que dejo causada el señor Cárdenas, en razón a que la señorita Geraldine Cárdenas Forero viene recibiendo por parte de Colpensiones el 50%, en calidad de hija del causante.

La fecha de reconocimiento corresponde al 7 de diciembre del 2009 (data del deceso), en cuantía inicial de $318.057, como quiera que la mesada pensional que recibió el señor José Luís Cárdenas (q.e.p.d.) ascendía a $558.995, según da cuenta la documental de folios 6 y ss, esto es, la Resolución 4368 del 27 de septiembre de 2007. Porcentaje que se incrementará al 100% una vez fenezca el derecho pensional de la hija Cárdenas Forero.

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que en la contestación de la demanda fue propuesta la excepción de prescripción, se debe estudiar este medio exceptivo pese a que el fallador primigenio omitió el análisis correspondiente, ya que el mismo extingue las acciones por no haberse ejercido durante cierto lapso de tiempo.

Como la obligación pensional se hizo exigible el 7 de diciembre del 2009, fecha de fallecimiento del señor JOSÉ LUÍS CÁRDENAS (q.e.p.d.), la reclamación administrativa fue presentada por la accionante hasta el **24 de julio del 2013** (fol. 6) y la demanda fue radicada el 14 de diciembre del 2015 (fol. 21), es claro que alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al **24 de julio del 2010.**

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria, encuentra la Sala que acertó el fallador de primera instancia cuando ordenó la indexación de las mesadas adeudadas, siendo claro que no procede sobre el valor total del retroactivo adeudado, sino sobre cada una de

las mesadas adeudadas desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe el pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral cuarto de la sentencia proferida el 20 de junio del 2019, por el Juzgado 9° Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN en relación con las mesadas causadas con anterioridad al **24 de julio del 2010,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ARNULFO CORRALES MONTES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES Y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA S.A.S.***
RADICACIÓN:	***34-2017-00623-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE HAYA SIDO DESFAVORABLE)***
TEMA:	***CALCULO ACTUARIAL Y RECONOCIMIENTO PENSIÓN DE VEJEZ***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ARNULFO CORRALES MONTES instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS con el fin de que se declare que entre Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y el demandante existió un contrato de trabajo; que dicha empresa no realizó los aportes a pensión del demandante del 19 de junio de 1989 al 2 de diciembre de 1992; condenar a Colpensiones a que se le reconozca una pensión de vejez y que le pague las mesadas adeudadas de manera indexada; condenar a Colpensiones que realice el cálculo actuarial correspondiente para el pago de las cotizaciones no realizadas a pensión por parte de la empresa demandada; condenar a Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS que pague el valor del cálculo actuarial; lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 20 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 11 de diciembre de 1952; que sostuvo un contrato de trabajo con Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS desde el 19 de junio de 1989 al 21 de febrero del 2014; que el 17 de mayo del 2017 solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 31); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Contestó la demanda señalando que se opone a la elaboración de un cálculo actuaria pues este debe ser solicitado directamente por el empleador. Que no cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho al reconocimiento pensional, prescripción, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fol. 39 y s.s.)

4. Contestación de Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS. Contestó la demanda aceptando la existencia del contrato de trabajo y sus extremos y se opuso a las demás pretensiones argumentando que el actor fue contratado para laborar en Puerto Wilches y que en dicho Municipio el Estado sólo cumplió con su obligación de abrir oficinas del entonces ISS para el 1° de diciembre de 1992, fecha en la cual se afilió de inmediato al demandante en dicho Instituto. Indicó que antes de esa fecha no existía la obligación legal de afiliar y efectuar aportes en pensiones al ISS por ausencia de cobertura en el Municipio de Puerto Wilches. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe y prescripción. (fol. 70 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de octubre del 2018[1] en la que el fallador de primera instancia declaro que entre el actor y Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS existió un contrato de trabajo entre el 19 de junio de 1989 al 23 de febrero del 2014. Condenó a Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS a consignar el cálculo actuarial por los aportes causados entre el 19 de junio de 1989 al 2 de diciembre de 1992; previa realización del cálculo actuarial por parte de Colpensiones. (CD fol.149 mit 8:05)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y sus extremos. Que la CSJ tiene sentado que aunque no existiera cobertura en el Municipio de Puerto Wilches antes del 1° de diciembre de 1992, el empleador si debe asumir el pago del cálculo actuarial. Que hasta que Palmas Oleaginosas Bucarelia no pague el valor del cálculo actuarial no hay lugar a estudiar su derecho pensional, pues Colpensiones no cuenta con el valor del cálculo para financiar la pensión.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **el demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se debe

[1] Ingresó al Despacho el 8 de julio del 2019

estudiar el reconocimiento de la pensión de vejez pues el actor es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues tiene más de 1400 semanas, de las cuales 500 semanas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad.

7. Recurso de apelación. Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS_ interpuso recurso de apelación insistiendo en que se revoque la condena en su contra, pues en el lugar donde laboraba el demandante no existía cobertura por lo que no tenía la posibilidad de afiliarlo.

8. Alegatos Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS. Señala que ratifica los argumentos y reparos expuestos en el recurso de apelación presentado en contra del fallo de primera instancia, por cuanto la sociedad demandada no está obligada a reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial, pues desde el inicio del contrato y hasta diciembre de 1992 no estuvo obligada a afiliar forzosamente a su trabajador, pues para esa época en el Municipio de Puerto Wilches no había cobertura.

9. Alegatos demandante. Solicita se revoque la sentencia y se acceda al reconocimiento y pago de la pensión de vejez al demandante y se mantenga en lo demás. Indica que la sentencia apelada impone al demandante requisitos que la Ley no trae para acceder al reconocimiento pensional, lo cual hace más gravosa su situación.

10. Alegatos Colpensiones. Señaló que se encontró bajo las reglas de la sana Crítica que el estudio y reconocimiento de las prestaciones solicitadas por la demandante, se efectuó en estricto cumplimiento de las normas y disposiciones legales previstas para tal fin, inclusive bajo la aplicación de la norma más favorable, y por ello se considera que las Pretensiones solicitadas en el escrito de la demanda no tienen asidero jurídico. Indica que al demandante se le ha venido reajustando su mesada pensional, de acuerdo a la variación del Índice de Precios del Consumidor IPC, de acuerdo a lo establecido por el DANE, cumpliendo lo normado. Señala que en cuanto a una posible reliquidación o reajuste pensional a la fecha, se tiene que una vez realizado el estudio del mismo, se establece que no se generaron valores adicionales a favor del pensionado, teniendo en cuenta que no existen motivos de hecho o derecho que permitan generar retroactivo alguno o incrementar la mesada pensional, ni elementos fácticos o jurídicos que permitan vislumbrar en el presente proceso lo contrario, porque la mesada pensional se encuentra ajustada a Derecho y las condiciones legalmente establecidas, sin nacer ninguna otra obligación a Colpensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y el demandante se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es,

teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Igualmente se conocerá en consulta en favor de Colpensiones lo que le haya sido desfavorable de acuerdo al art. 69 CPT y de la SS.

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) Determinar si acertó el A quo al condenar a la empresa Palmas Oleaginosas SAS a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo que el actor laboró para ellos con anterioridad al 1° de diciembre de 1992, a pesar de que lo hizo en un Municipio en el cual en ese momento no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?; (iii) el recurso de apelación formulado por la parte demandante logra enervar los argumentos que sustentan la sentencia proferida por el Juzgado de primera instancia?

Relación laboral / Cotizaciones Pensionales

En el presente caso, no se discute que el señor Arnulfo Corrales Montes prestó sus servicios para la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS y que ésta no efectúo las cotizaciones pensionales correspondientes al período laborado entre el 19 de junio de 1989 al 2 de diciembre de 1992, teniendo en cuenta que en el Municipio (Puerto Wilches) en que el actor prestó sus servicios, el ISS no tenía cobertura y tampoco estaba obligada en esa época a realizar cotizaciones para el ISS.

Cálculo actuarial

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si se debe condenar a la empresa Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS a pagar el cálculo actuarial reclamado, a pesar de que antes del 2 de diciembre de 1992 no existía cobertura del ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad, basta con remitirnos a la nueva postura de la H. CSJ entre otras en la sentencia SL 2138-2016 y SL 543-2020 en la que se señaló que si bien es cierto no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente *"omisivo"*, habida cuenta de que la falta de cotización al ISS, se debe al hecho de que en el área o localidad donde se cumplía el trabajo podía no haber cobertura por parte de la entidad de seguridad social, lo cierto es que tampoco puede perjudicarse al trabajador quien prestó sus servicios y por tanto tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligaciones de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado; y obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social.

En consecuencia, se confirma la condena impartida en primera instancia por lo que la empresa Palmas Oleaginosas SAS, deberá pagar la totalidad de la

cotización al Sistema de Seguridad Social en pensiones conforme al cálculo actuarial que elabore el ISS.

Responsable de la elaboración del cálculo actuarial

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

Recurso de apelación parte demandante

Con la finalidad de resolver el problema jurídico formulado por la Sala tendiente a establecer si se debe declarar desierto el recurso de apelación interpuesto por el demandante, es oportuno indicar que la sustentación del recurso de apelación como requisito formal para su concesión no surge de un capricho legislativo, sino de una marcada necesidad que impone al inconforme con las decisiones judiciales, argumentar de forma precisa y detallada los motivos de su insatisfacción respecto de lo decidido por el *a quo*, pues sólo así es dable delimitar el campo de acción de la función jurisdiccional sobre aquellas decisiones recurridas, argumentación que sin requerir metodologías de proposición rigurosas, ni de formulismos preestablecidos, simplemente porque no existen, sí requiere de una argumentación jurídica y lógica sobre los medios de prueba, los preceptos normativos y las circunstancias fácticas controvertidas.

Lo anterior, ha sido ampliamente expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 4981-2017 en la que señaló que el ad quem debe limitar su estudio a los temas propuestos y sustentados en el recurso, excepto cuando se trata de derechos mínimos e irrenunciables del trabajador.

Estas consideraciones son el fundamento para afirmar, que si bien las motivaciones de inconformidad expuestas por el apoderado de la parte actora en su recurso de apelación bastaron para que el *a quo* lo concediera desde el punto de vista formalista, en su argumentación realmente no atacó en ningún momento las razones del Juzgado que lo llevaron a no estudiar si el actor cumplía o no los requisitos para acceder a la pensión de vejez pretendida, circunstancia que a todas luces carece de una seria confrontación entre los supuestos fácticos y los elementos de probanza, con el propósito de derrumbar las argumentaciones del *a quo* en la providencia ahora recurrida.

Lo anterior, para señalar que ninguno de los argumentos expuestos por el recurrente, en representación del demandante son de recibo, pues señaló que el actor es beneficiario del régimen de transición y cumple con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, lo cual claramente no controvierte la decisión del Juzgado, ni permite establecer los puntos o los apartes del fallo que no comparte ni encuentra ajustados a derecho, como quiera que la Juez en ningún momento

señaló que absolvió porque el actor no fuera beneficiario del régimen de transición, ni porque no cumplía con los requisitos del A. 049 de 1990, pues lo que señaló es que no es posible estudiar el derecho pensional del actor hasta tanto Palmas Oleaginosas Bucarelia SAS pague a Colpensiones el valor del cálculo actuarial, pues solamente en ese momento pueden habilitarse las semanas no cotizadas, por lo que no queda otro camino que declarar desierto el recurso de apelación, precisándose que como la sentencia no fue totalmente adversa a las pretensiones del trabajador o afiliado, no es procedente revisarla en virtud del grado jurisdiccional de consulta estatuido en el artículo 69 del CPT y de la SS. Por tanto, queda en firme la sentencia apelada.

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 24 de octubre del 2018, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LEONOR EUGENIA CONVERS GUEVARA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***12-2018-00059-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda AFP PORVENIR S.A.
La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado al RAIS. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para

pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 62 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante realizó su traslado de manera libre y voluntaria. Que lleva más de 19 años afiliada a la AFP tiempo en el que debió subsanar el nivel de información que tenía sobre el RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, ni indemnización moratoria y buena fe. (fol. 98 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de julio del 2019 en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a realizar el traslado del RAIS al RPMPD devolviendo los aportes, saldos y rendimientos que se hayan consignado en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenó a Colpensiones aceptar el traslado y a recibir el monto de los aportes y dineros provenientes del RAIS. Absolvió de las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 116 Min. 30:56).

Como sustento de su decisión indicó que no se le brindó la información suficiente al momento del traslado al RAIS y que era carga probatoria de la AFP PORVENIR. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. La AFP PORVENIR S.A impugnó la decisión señalando que la carga probatoria en este proceso era de la demandante quien debía demostrar que existió un vicio del consentimiento al momento de la afiliación. Que no se debe ordenar devolver los rendimientos pues su actuar estuvo revestido de buena fe.

7. Alegatos AFP PORVENIR (Decreto 806 del 2020). Señaló que las omisiones que se le atribuyen particularmente la de información sobre las características del RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras se encuentran consagradas en la Ley y sus decretos reglamentarios, por lo que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la Ley. Que no se evidencia ningún vicio del consentimiento al momento del traslado. Que al momento del traslado no existía la obligación de realizar proyecciones o estudios previos. Manifiesta que en caso de ser confirmada la sentencia debe tenerse en cuenta que los gastos de administración se descuentan en virtud de una norma vigente y se generan en ambos regímenes.

8. Alegatos demandante. Señala que las AFP desde siempre han tenido la obligación de informar de manera clara, comprensible, adecuada, oportuna verdadera y suficiente sobre los productos y servicios que ofrecen, lo cual brilló por su ausencia en el presente proceso. Indica que se debe seguir la línea jurisprudencial de la CSJ.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Ineficacia del Traslado de Régimen – No nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado que la señora Leonor Eugenia Convers Guevara, cotizó al ISS entre el 12 de febrero de 1985 al 30 de abril de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones la cual se allegó en el expediente administrativo (fol. 111) y que el 3 de marzo de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 72) la cual se hizo efectiva a partir del 1° de mayo de 1999 conforme aparece en la certificación expedida por dicha entidad. (fol. 71)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que contrario a lo señalado por la AFP PORVENIR la misma sí recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009,

considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A.

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

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial

afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Devolución de los gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber

pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de Prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de julio del 2019 por el Juzgado Doce Laboral del Circuito, para **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARÍA YOLANDA NIÑO ROSAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR- AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***11001-31050-08-2015-00953-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA DEMANDANTE – AFP PORVENIR S.A.*** ***CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA DEL TRASLADO + PENSIÒN DE VEJEZ***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA YOLANDA NIÑO ROSAS instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS S.A., solicitando se declare la ineficacia del traslado al RAIS. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR que traslade todos los aportes recibidos a Colpensiones. Se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante una pensión de jubilación, junto con los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s. y 134 y s.s. subsanación).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 13 de febrero de 1954; que se afilió al ISS el 18 de septiembre de 1985; que el 6 de diciembre del 2000 diligenció formulario de afiliación al RAIS al trasladarse a la AFP BBVA HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A.; que la AFP no le informó las consecuencias de su traslado, por lo que no pudo tomar una decisión libre y voluntaria; que le resulta más favorable el reconocimiento de su pensión en el RPMPD; que solicitó ante las demandadas lo que aquí pretendido, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 216); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones que fueron formuladas en su contra, indicando que no se le puede endilgar una falta de información, como quiera que la demandante se trasladó al RAIS fue a ING hoy PROTECCIÓN y posteriormente si se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios y las de mérito de prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de la obligación, buena fe, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada y la genérica. (fols. 162 y s.s.).

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que se opone a las pretensiones ya que su derecho se encuentra prescrito. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción e inexistencia de la obligación. (fol. 218 y s.s.).

5. Integración del litisconsorcio necesario. En auto del 19 de septiembre del 2016 el fallador de primera instancia ordenó integrar el contradictorio con la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 231)

6. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Dio respuesta señalando que no se opone sin que signifique allanamiento como quiera que las pretensiones están dirigidas a PORVENIR y no a ella. Señaló que el traslado que realizó a dicha AFP se realizó previa asesoría con el fin de que la demandante pudiera tomar una decisión libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación, buena fe, inexistencia del vicio del consentimiento, prescripción y la genérica. (fol. 250 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de julio del 2019, en la que el Juzgado declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los correspondientes intereses moratorios. Condenó a Colpensiones aceptar el traslado. Declaró que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y que tiene derecho al reconocimiento y pago de una mesada pensional a partir del 14 de junio del 2018 en 14 mesadas y en cuantía inicial de $896.658,97. Declaró no probada la excepción de prescripción y absolvió de las demás pretensiones. (C.D. fol. 329 Min. 35:01).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria en las ineficacias del traslado corresponde a la AFP PRIVADA. Que la AFP PORVENIR no probó haber brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado al RAIS. Que la demandante cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición hasta el 31 de julio del 2010 y para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Que se debe pagar en 14 mesadas atendiendo el AL 01 del 2005. Que se debe ordenar al pago de la pensión a partir del 14 de junio del 2018, día siguiente a la última cotización. Que se debe declarar no probada la excepción de prescripción. Que la pensión se liquida conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993 y aplicando una tasa de reemplazo del 81%, por haber cotizado 1116 semanas, que no hay lugar a condenar al pago de intereses moratorios ni de costas procesales.

8. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la **PARTE ACTORA** interpuso recurso de apelación argumentando que 1) no está de acuerdo con que se le aplique una tasa de reemplazo del 81%, pues si se

observa la historial laboral actualizada al 20 de noviembre del 2018 en los ciclos del 1º de julio de 1982 al 30 de agosto de 1989 aparece "períodos en mora", los cuales conforme al criterio de la CSJ deben ser habilitados ; 2) que la pensión debe ser reconocida desde que efectúo la reclamación el 31 de julio del 2015 y no desde el día siguiente a la última cotización, pues tuvo que seguir cotizando porque la AFP demandada no le reconocía la pensión; 3) que se debe condenar en costas a la AFP privadas.

9. Recurso de apelación AFP PORVENIR. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de PORVENIR interpuso recurso de apelación argumentando que la afiliación a dicho fondo es válida y fue dada por un traslado entre administradoras del RAIS; que firmó el formulario en el que señaló que había sido previamente asesorada; que los asesores siempre le brindan la información necesaria a los futuros afiliados; que no existe prueba de que haya sido forzada a firmar el formulario de afiliación; que sólo hasta el 2014 se previó la obligación de dar cierta información; que la demandante pudo haber utilizado las herramientas que tenía como acercarse a las oficinas o vía internet para solicitarle a la AFP la información pensional; que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y rendimientos.

10. Alegatos parte demandante (Decreto 806 del 2020) La apoderada de la parte demandante presentó alegatos solicitando únicamente que se revisen las historias laborales en las cuales aparecen unos períodos en mora por lo que la demandante tiene derecho a una tasa de reemplazo del 90% por contar con más de 1250 semanas. Indica que teniendo en cuenta por criterios que establece la Corte Constitucional de buena fe y confianza legítima su poderdante tiene derecho a que se le reconozca su pensión a partir del 31 de julio del 2015 que corresponde a la fecha de la reclamación administrativa, pues para esa fecha ya cumplía con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del A. 049 de 1990.

11. Alegatos AFP PORVENIR. Refiere que nunca ha existido entre la demandante y ella una vinculación o afiliación al RAIS por traslado de régimen pensional, por lo que no hay sustento factico, ni jurídico para que se declare que en el presente caso ha existido un vicio del consentimiento. Que su afiliación fue simplemente un traslado entre administradoras del RAIS. Que las asesorías fueron dadas de manera verbal, forma permitida en la legislación vigente para la época del traslado.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y la 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. Igualmente, se conocerá en consulta en favor de Colpensiones lo que le sea desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen y sí el hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?;

(ii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (v) ¿La demandante es beneficiaria del régimen de transición?; (vi) ¿ La accionante tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión con Acuerdo 049 de 1990? y (vii) ¿Se debe condenar en costas a la AFP PORVENIR y a la AFP PROTECCIÓN?

Cotizaciones pensionales / Traslado de Régimen

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados encuentra la Sala acreditado dentro del proceso, que la señora María Yolanda Niño Rosas cotizó al ISS entre el 18 de enero de 1974 al 31 de octubre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 103) y que el 31 de octubre de 1995, firmó la solicitud de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN, según se constata en el formulario de afiliación (fol. 260), que posteriormente, el 29 de febrero del 2000 se trasladó a la AFP PORVENIR, como consta en el formulario de vinculación (fol. 179) y que el 6 de diciembre del 2000 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR como aparece en el formulario de afiliación (fol. 15).

Deber de información

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

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

Y es que de ninguna prueba obrante en el proceso se advierte que la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A. haya enterado de manera clara, precisa y detallada a la accionante sobre

las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituye omisión de esa obligación.

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

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

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

Finalmente, se le debe recordar a la AFP PORVENIR S.A. que no era la demandante quien debía acercarse a sus oficinas a solicitar la información exigida, pues era la AFP PROTECCIÓN (AFP inicial) quien al momento del traslado debió brindar dicha información.

Devolución de gastos de administración y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir 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-) En consecuencia, se adicionara el fallo para condenar también a la AFP PROTECCIÓN a devolver los gastos de administración que descontó a la demandante por el tiempo que estuvo vinculada con ellos.

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.

Beneficiaria del Régimen de Transición

La demandante es beneficiaria del régimen de transición, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1° de abril de 1994 contaba con 39 años de edad siendo mujer, pues nació el 13 de febrero de 1954, como da cuenta su registro civil de nacimiento (fol. 13) y la fotocopia de su cédula (fol. 14). Régimen que sólo conservó hasta el 31 de julio del 2010, como quiera que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005, había cotizado 694.53 semanas.

Pensión Acuerdo 049 de 1990

Como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia, la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez al amparo del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que cumplió los 55 años de edad el 26 de enero del 2009, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1954, como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 14.

Adicionalmente, logró cotizar dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, esto es, entre el 26 de enero de 1989 y el 26 de enero del 2009, más de 500 semanas, exactamente un total de 718.63 semanas, conforme se registra en la historial laboral expedida por la AFP PORVENIR, visible a folio 291 y s.s., por tanto, cumple con los requisitos para acceder a la pensión deprecada.

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, no siendo posible reconocer la pensión a partir de la reclamación administrativa realizada el 31 de julio del 2015, como lo pretende la demandante, como quiera que con posterioridad a esa data siguió cotizando al sistema.

También conviene precisar en este punto, que no resulta de recibo el argumento de la demandante, según el cual la AFP la indujo a error, por lo que siguió cotizando, toda vez que se trata de un hecho nuevo, propuesto solo en el recurso y no desde el libelo incoatorio, por ende, no fue debatido dentro del presente proceso. Considerarlo en esta instancia, conllevaría a la vulneración del derecho de contradicción, defensa y debido proceso en cabeza de la pasiva.

En ese orden, y teniendo en cuenta que el presente proceso también se está conociendo en consulta en favor de Colpensiones, dicha entidad deberá reconocer y pagar la prestación a la libelista una vez ésta acredite su desafiliación del sistema, pues no es procedente acceder a ella desde la fecha que indicó el a quo -14 de junio del 2018, pues no se encuentra reportada la novedad de retiro y en todo caso, solo hasta la presente decisión la administradora del RPMPD adquiere competencia para asumir el derecho pensional de la demandante; luego, no es posible echar mano de la jurisprudencia proferida por la CSJ en relación con el *"retiro tácito"*, máxime que la misma ha sido aplicada de manera excepcional en aquellos casos en los cuales no existe duda de que Colpensiones es la llamada a reconocer la prestación de vejez.

Finalmente, debe señalarse que acertó el a quo cuando estableció que la pensión de la actora debía liquidarse conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 a la señora Niño Rosas le hacían falta más de 10 años para pensionarse (criterio expuesto reiteradamente por la CSJ, contenido actualmente en la sentencia SL 456-2020) y se le debe aplicar una tasa de reemplazo del 81% conforme lo dispone el art. 20 del Acuerdo 049 de 1990, por contar con 1115 semanas, pues si bien se manifiesta en el recurso de apelación que existen semanas pendientes de habilitar como consecuencia de la mora patronal, lo cierto es que este argumento también constituye un hecho nuevo al no haberse planteado desde la demanda y respecto del cual la pasiva no tuvo oportunidad de ejercer su derecho de contradicción, por lo que no puede ser objeto de debate ni de pronunciamiento en esta instancia.

Aclarado lo anterior y teniendo en cuenta que la pensión no puede ser liquidada en concreto ante la falta de desafiliación, debe señalarse que la demandante tendrá derecho a que se le reconozca su pensión en 14 mensualidades, siempre y cuando cumpla con las condiciones exigidas por el AL 01 del 2005, esto es, que su pensión sea en cuantía inferior a los 3 SMMLV.

Costas

En cuanto al tema tendiente a determinar si es viable condenar en costas a la AFP PORVENIR y a la AFP PROTECCIÓN debe señalarse que le asiste razón a la demandante, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso corresponde a dichas AFP.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de julio de 2019, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES los dineros descontados a la señora María Yolanda Niño Rosas por concepto de gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: **MODIFICAR** el numeral séptimo de la sentencia apelada y consultada, en el sentido de ordenar que la pensión de la demandante se reconocerá a partir de la desafiliación del sistema, cuyo IBL deberá ser liquidado con las cotizaciones de los últimos 10 años, conforme lo dispone el art. 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando una tasa de reemplazo del 81%. Y que se pagara en 14 mesadas siempre y cuando el valor de su mesada sea inferior a 3 SMMLV conforme lo dispone el AL 01 del 2005.

TERCERO: SE REVOCA el numeral octavo de la sentencia apelada y consultada, pues al no conocerse la fecha de desafiliación del sistema no es posible cuantificar un retroactivo.

CUARTO: REVOCAR el numeral doce de la sentencia apelada, para en su lugar CONDENAR en costas de primera instancia a COLPENSIONES, a la AFP PORVENIR y a la AFP PROTECCIÓN.

QUINTO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

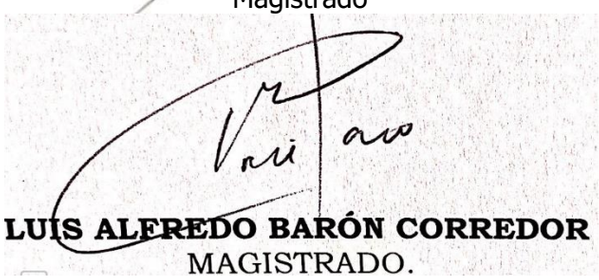
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NELLY GLORIA MOLANO FAJARDO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***31-2018-00305-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.***
	CONSULTA COLPENSIONES
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda COLPENSIONES. Contestó señalando que ni se opone ni se allana como quiera que no le constan las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las cuales se brindó la asesoría del régimen de ahorro individual con solidaridad a la demandante. Propuso como excepciones de mérito las de validez de la afiliación al RAIS, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, compensación, prescripción y la genérica. (fol. 60y s.s.)

4. Contestación de PORVENIR S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no existe ninguna prueba que soporte lo pretendido por la demandante. Que la afiliación se realizó con el lleno de los requisitos legales. Que no se logra demostrar que la AFP haya omitido su deber de información. (fol. 112 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de julio del 2019, en la que declaró la nulidad del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado. (C.D. fol. 153 Min.40:06).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no era suficiente con la firma del formulario. Que no era necesario que fuera beneficiaria del régimen de transición. Que el derecho a la declaratoria de nulidad es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem
La AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que al momento del traslado de régimen sólo se requería la firma en el formulario para acreditar que se había brindado la información necesaria. Que no se le pueden aplicar los criterios de la CSJ pues la demandante no tiene una expectativa legitima, ni es beneficiaria del régimen de transición. Que no se le debe ordenar que devuelva los rendimientos financieros, púes se generaría un enriquecimiento sin causa.

7. Alegatos Colpensiones. Indicó que no se cumplen los presupuestos ni fácticos, ni jurídicos para acceder a la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen realizado por la demandante a la AFP PORVENIR, toda vez que el traslado fue totalmente válido y se realizó con plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia solicitó el traslado y firmó los formularios.

8. Alegatos del demandante. Solicita se confirme en su integridad el fallo pues no se demostró que el traslado estuviere precedido de la suficiente ilustración e información.

9. Alegatos de la AFP PORVENIR S.A. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia teniendo en cuenta que la falta de información que se predica se encuentra en la ley y sus decretos reglamentarios, por lo que el actor no puede alegar el desconocimiento de la ley. Indica que los gastos de administración son descontados en virtud de una normativa vigente, por lo que no existe ningún detrimento en la cuenta de ahorro individual del demandante. Que la demandante era una persona totalmente capaz al momento de suscribir el formulario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES por no haber apelado en lo que le sea desfavorable.**

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

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Cotizaciones Pensionales / Traslado de Régimen

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Nelly Gloria Molano cotizó al ISS entre el 1° de febrero de 1995 al 30 de abril del 2006, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 25) y que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. desde el 1° de mayo del 2006 como da cuenta la certificación expedida por dicha entidad. (fol. 121).

Carga probatoria y deber de información

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

tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2006- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A.

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

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

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

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

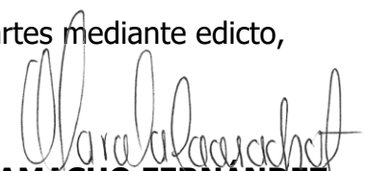
PRIMERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 24 de julio del 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

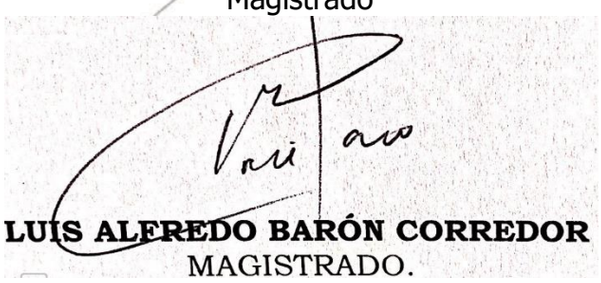
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***SEGUNDO LAURENCIO PARRA MEDINA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***24-2018-00032-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A. CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

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

que no existieron vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, el hecho de un tercero, validez del negocio jurídico, prescripción y la genérica. (fol. 58 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, traslado de aportes a porvenir, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la genérica. (fol. 114 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR contestó con oposición señalando que el actor en uso de sus facultades tomó la decisión de trasladarse. Que no hizo uso de la opción de retracto y que no puede solicitar la nulidad después de 23 años. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, mala fe del demandante, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, prescripción y ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada. (fol. 151 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de julio del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES las cotizaciones que hizo el actor junto con los rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual. Ordenó a Colpensiones a recibir los dineros. Absolvió de las demás pretensiones. Sin costas. (C.D. fol. 223 Min. 40:34)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada. Que no demostraron las demandadas que brindaron la información necesaria. Que no bastaba con la firma del formulario. Que el derecho a reclamar la ineficacia no prescribe.

7. Impugnación y límites del ad quem. La AFP PORVENIR impugnó la decisión argumentando que la jurisprudencia de la CSJ no es aplicable, pues el actor no es beneficiario del régimen de transición; que se encuentra plasmada la voluntad del demandante de trasladarse de régimen en la firma del formulario; que en el interrogatorio de parte el demandante señaló que le habían informado las ventajas y desventajas del RAIS.

8. Alegatos Colpensiones. Afirmó que el demandante se encuentra en la prohibición de trasladarse de régimen consagrada en la Ley 797 del 2003, como quiera que le hacen falta menos de 10 años para pensionarse y que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, ni un derecho exigido, ni una mera expectativa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (ii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el accionante sea beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del accionante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Segundo Laurencio Parra Medina, cotizó al ISS entre el 14 de mayo de 1988 al 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 65) y que el 10 de febrero de 1995, firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLMENA S.A. hoy AFP PROTECCIÓN S.A. conforme aparece en la impresión de ASOFONDOS (fol. 133) y que posteriormente se trasladó a la AFP PORVENIR S.A., el 15 de agosto del 2000, conforme aparece en el formulario de afiliación (FOL.108)

Deber de información

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

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

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

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

Elementos que no probó la AFP PROTECCIÓN S.A. ni la AFP PORVENIR S.A., siendo claro que al escuchar el interrogatorio de parte rendido por el señor Segundo Laurencio Parra Medina en ningún momento confesó que al momento del traslado se le haya brindado la información exigida.

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

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

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar 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 les perjudica.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima

Respecto al problema jurídico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que se equivoca la AFP PORVENIR al solicitar que no se declare la ineficacia porque el señor Segundo Laurencio Parra Mediana no es beneficiario del régimen de transición, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que **no se exige que al**

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

Devolución de gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

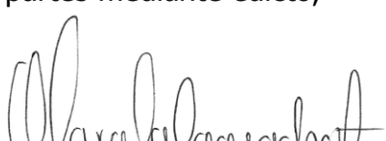
PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 22 de julio del 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor Segundo Laurencio Parra Medina de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - ORDENAR a la AFP PROTECCIÓN S.A. que devuelva a Colpensiones los gastos de administración y comisiones descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante durante el tiempo que estuvo afiliado a dicha AFP.

TERCERO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CARMEN ROSA NIVIA CADENA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***04-2018-00675-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.***
	CONSULTA COLPENSIONES
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda COLPENSIONES. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que se trasladó de manera libre y voluntaria del RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia

de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación. (fol. 67 y s.s.)

4. Contestación de PORVENIR S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no existe ningún vicio del consentimiento que permita anular la afiliación suscrita por el demandante y el fondo de pensiones. Que la demandante suscribió contrato de afiliación de manera libre y voluntaria y sin presiones. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 100 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 24 de julio del 2019, en la que declaró la nulidad del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado. (C.D. fol. 130 Min. 8:36).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no era necesario que fuera beneficiaria del régimen de transición. Que el derecho a la declaratoria de nulidad es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. La AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que con posterioridad a la afiliación se le ha brindado la información necesaria.

7. Alegatos Colpensiones. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, toda vez que de las pruebas allegadas se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS pues suscribió el formulario de manera voluntaria consciente y sin presiones. Indicando además que con el traslado solicitado se afecta la sostenibilidad financiera.

8. Alegatos demandante. Solicita se confirme en su integridad el fallo pues no se demostró que el traslado estuviere precedido de la suficiente ilustración e información.

9. Alegatos AFP Porvenir. Solicita se revoque la decisión proferida en primera instancia, teniendo en cuenta que la falta de información que se predica se encuentra en la ley y sus decretos reglamentarios, por lo que el actor no puede alegar el desconocimiento de la ley. Señala que los gastos de administración son descontados en virtud de una normativa vigente por lo que no existe ningún detrimento en la cuenta de ahorro individual del demandante. Finalmente, dice que la demandante era una persona totalmente capaz al momento de suscribir el formulario, por lo que su afiliación al RAIS es totalmente válida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Carmen Rosa Nivia Cadena cotizó al ISS entre el 10 de julio de 1978 al 31 de julio del 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol.253) y que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. desde el 1° de agosto del 2001, como da cuenta la certificación expedida por dicha entidad. (fol. 108).

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP–año 2001- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A. en el presente expediente.

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

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

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

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

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

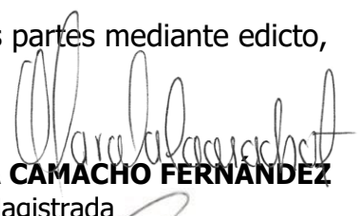
PRIMERO. - REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 24 de julio del 2019, por el Juzgado 4° Laboral del Circuito de Bogotá que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

TERCERO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia.

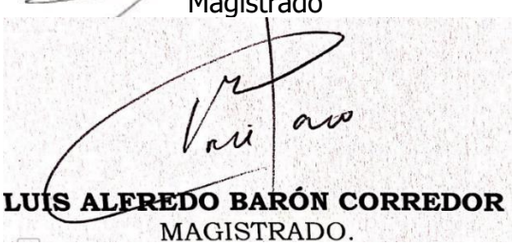
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***MARÌA FERNANDA JARAMILLO NIETO***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN : ***11001-31050-03-2018-00752-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA: ***INEFICACIA DE TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. **Demanda**. María Fernanda Jaramillo Nieto instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR S.A. solicitando se declare la nulidad del traslado al RAIS ante la omisión en la información al momento del traslado. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR S.A. a entregar o restituir todos los valores obtenidos en virtud de su vinculación al RAIS junto con los rendimientos y a Colpensiones a recibir a la demandante, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 5 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: cotizó al ISS desde el 4 de septiembre de 1990; que se trasladó el 15 de noviembre de 1994 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 1994 a la AFP PORVENIR S.A.; que el traslado no se realizó de manera libre y voluntaria; que no fue asesorada o informada respecto de las implicaciones sobre sus derechos pensionales, sobre los riesgos de cambiarse al RAIS, sobre la diferencia entre ambos regímenes, sobre las ventajas y desventajas de cada uno, etc.; que solicitó la nulidad de su traslado al RAIS, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 109); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda argumentando que es la administradora privada la que debe probar en qué circunstancias se hizo al traslado y allegar las pruebas pertinentes. Que se atendrá a lo que se pruebe dentro del proceso en cuanto a los vicios del consentimiento que se alegan. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y la no configuración del derecho al pago de intereses moratorios. (fol. 72 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que en ningún momento omitió el deber de información y que la afiliación se realizó agotando todos los requisitos exigidos por la Ley. Que la demandante se encuentra válidamente a dicha entidad mediante una decisión libre, informada, espontanea, eficaz y válida. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 86 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de agosto del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de la afiliación por concepto de cotizaciones obligatorias, voluntarias, bonos pensionales, rendimientos financieros e intereses. Ordenó a Colpensiones aceptar el traslado como si nunca se hubiese trasladado del RPMPD y actualice su historia laboral. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 111 Min. 31:13).

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el formulario de traslado no cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994 pues la demandante no diligenció los beneficiarios, ni se encuentra firmado por el empleador. Que el derecho a reclamar la nulidad del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **AFP PORVENIR S.A.** interpuso recurso de apelación argumentando que el formulario cumple con los requisitos del Decreto 692 de 1994. Que la demandante diligenció dicho formulario. Que las asesorías se hacían de manera verbal. Que el formulario no fue tachado de falso. Que no tenía un derecho adquirido, ni una expectativa legítima. Que resulta desproporcional que se le imponga la carga de la prueba, la debe tener la demandante. Que no se deben trasladar los rendimientos pues no se hubiesen generado en el RPMPD. (C.D. fol. 111 Min. 56:46).

7. Alegatos demandante. Indica que los argumentos del fallo de primera instancia estuvieron acorde a derecho, por lo que no se atiendan las solicitudes de las demandadas. Que no es cierto que ni con el interrogatorio de parte ni con el formulario firmado por la demandante se logre probar que la AFP le brindó la información necesaria al momento del traslado. Y que el hecho de que la información que se echa de menos se encuentre en la Ley 100 de 1993, esto no releva a la AFP de su obligación de dar una asesoría completa al momento del traslado.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que la presunta ignorancia del sujeto "débil" de la relación contractual, termina siendo un error sobre los elementos esenciales del negocio jurídico, que para el presente eran totalmente saneables. Que se debe dar aplicación al principio de sostenibilidad financiera. Que la demandante no tenía una expectativa legítima para que se autorizara su traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es la demandante quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿ Debe declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS por omisión de la información al momento del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante'; y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Previo a resolver los problemas jurídicos, encuentra la Sala acreditado dentro del proceso, que la señora María Fernanda Jaramillo Nieto, cotizó al ISS entre el 4 de septiembre de 1990 al 31 de mayo de 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 33) y que el 15 de noviembre de 1994, firmó el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. (fol. 100)

Carga probatoria y deber de información

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que el afiliado pueda conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría. Dicho de otra manera, se repite, no se puede predicar la

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

Y es que de ninguna prueba obrante en el proceso se advierte que la AFP haya enterado de manera clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, lo cual era su carga probatoria. Ahora, frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PORVENIR haberle informado a la demandante.

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

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

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

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido y una expectativa legítima

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

Devolución de gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

Respecto del tema relacionado con la aceptación del traslado y activación de la afiliación de la demandante por parte del Colpensiones, es necesario precisar que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP PROTECCIÓN los **aportes** efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

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

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante y es que es claro que la consecuencia de

la ineficacia es el regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de agosto del 2019 por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***SARA ENCARNACIÓN ARTUZ REYES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-30-2019-00012-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PROTECCIÓN S.A. CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA DEL TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda COLPENSIONES. COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que a la demandante no s ele vulneró el derecho de información, pues le fue brindada por el asesor del fondo privado. Indicó además que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 73 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones y la genérica. (fol. 107 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 26 de septiembre del 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Se ordenó a PROTECCIÓN S.A. que trasladara a Colpensiones todos los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos y los costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados. Se ordena a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. Absolvió de las demás pretensiones y declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 175 Min. 1:28:08).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información al demandante al momento del traslado. Que no era suficiente con la firma del formulario. Que el derecho reclamado es imprescriptible. Que se debe ordenar que devuelva los gastos de administración debidamente indexados.

6. Impugnación y límites del ad quem La AFP PROTECCIÓN S.A. impugnó la decisión argumentando que no se debe ordenar la devolución de los gastos de administración y menos debidamente indexados. Que si se declara la nulidad y se ordena devolver los gastos de administración, no es procedente que se ordene devolver los rendimientos, pues estos no hubiesen existido si siempre estuvo vinculada al RPMPD. Que el valor de las costas a la cual se le condenó resulta excesivo.

7. Alegatos AFP PROTECCIÓN (Decreto 806 del 2020). Manifestó que reitera que no proceden la devolución de la comisión de administración y lo descontado para las primas del seguro previsional teniendo en cuenta que son descuentos autorizados por la Ley.

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

9. Alegatos DEMANDANTE (Decreto 806 del 2020). Solicitó se confirme la decisión proferida en primera instancia señalando que no existen elementos

probatorios que demuestren la información que se le brindó a la demandante al momento de su afiliación al RAIS. Indica que se debe seguir la línea jurisprudencial de la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?; (vi) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones y si este es el momento procesal oportuno para estudiar el valor de las agencias en derecho fijadas en primera instancia?

Ineficacia del Traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Sara Encarnación Artuz Reyes, cotizó al ISS entre el 26 de septiembre de 1979 al 31 de octubre de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 91) y que el 30 de octubre de 1995, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 25); la cual se hizo efectiva a partir del 1° de noviembre de 1995 conforme aparece en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS (fol. 156)

Deber de información

Sea lo primero indicar, que no existe discusión en esta instancia en cuanto a que es la AFP PRIVADA quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos, conforme lo tiene

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP –año 1995- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN.

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; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no demostraron haber realizado.

Devolución de gastos de administración, rendimientos y comisiones

Para resolver el problema jurídico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de**

administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

Costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN

En cuanto a la solicitud de la AFP PROTECCIÓN S.A. en la que señala que el valor fijado como agencias en derecho resulta excesivo, se le debe recordar al profesional que este no es el momento procesal oportuno para discutir dicho punto, como quiera de conformidad con el art. 366 del CGP, la liquidación de las expensas y el monto de las agencias en derecho sólo pueden controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

Indexación de los gastos de administración

Ante la evidente devaluación monetaria acertó el fallador de primera instancia cuando ordenó que los gastos de administración se deben devolver a Colpensiones indexados.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el día 26 de septiembre del 2019 proferida por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GLORIA MARCELA CUESTA PUERTO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-09-2018-00442-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda COLPENSIONES. COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado de la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Indico que el asesor del fondo privado suministró la totalidad de la información detallada, clara, precisa y oportuna respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía al accionante el trasladarse de régimen pensional, de acuerdo a la normatividad vigente para ese momento. Propuso como excepciones de fondo las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación del demandante en el RPMPD, buena fe, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 85 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el contrato de afiliación celebrado entre DAVIVIR hoy PROTECCIÓN y la demandante es plenamente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento de la demandante, ni se le ocultó información antes de la firma ni el momento de afiliarse. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 113 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2019 en la que declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a realizar el traslado del RAIS al RPMPD devolviendo la totalidad de los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante junto con los intereses y rendimientos que se hubieren causado, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Condenó a Colpensiones aceptar el traslado y a recibir el monto de los aportes y dineros provenientes del RAIS. Absolvió de las demás pretensiones. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 116 Min. 30:56).

Como sustento de su decisión indicó que no se le brindó la información suficiente al momento del traslado al RAIS y que era carga probatoria de la AFP PORVENIR. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible. Que no era suficiente con la firma del formulario.

6. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES impugnó la decisión señalando que se le debe absolver de las costas de primera instancia, pues no tenía como saber que la afiliación de la demandante tenía un vicio del consentimiento.

7. Alegatos parte demandante. Manifestó que dentro del presente expediente no existen pruebas documentales o de otra índole que demuestren que la AFP PROTECCIÓN S.A. le brindó a la demandante una asesoría integral, veraz y completa. Solicita se de aplicación a la línea jurisprudencial de la CSJ.

8. Alegatos Colpensiones. Solicita se revoque la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que el Despacho sólo dio importancia a lo manifestado por el demandante. Que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento para el momento en que se efectúo el traslado por lo que no deben salir avantes las pretensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de

firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?; (vi) ¿Se debe condenar en costas a Colpensiones y si este es el momento procesal oportuno para estudiar el valor de las agencias en derecho fijadas en primera instancia?

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados encuentra la Sala probado que la señora Gloria Marcela Cuesta Puerto, cotizó al ISS entre el 3 de marzo de 1982 al 30 de septiembre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 35) y que el 12 de octubre de 1999, firmó la solicitud de afiliación a la AFP DAVIVIR hoy AFP PROTECCIÓN S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 95)

Deber de información

No existe discusión en esta instancia en cuanto a que es la AFP PRIVADA quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos, conforme lo tiene sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, en donde considero que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP –año 1999 la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN S.A.

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; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a las demandantes una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no demostraron haber realizado.

Devolución de gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

Costas a cargo de Colpensiones

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

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 30 de septiembre del 2019, por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. -CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***PABLA SOFIA MIRANDA ALVAREZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP COLFONDOS S.A***
RADICACIÓN:	***31-2019-00170-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación a la AFP COLFONDOS es válida teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe ninguna norma legal. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 94 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que sí brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica. (fol. 126 y s.s.)

En audiencia del 26 de julio del 2019 se ordenó la integración de la UGPP como litisconsorcio necesario (cd. Fol. 164)

5. Contestación de la UGPP. La UGPP contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que de las pruebas allegadas se observa que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a COLFONDOS. Señaló que la UGPP fue creada exclusivamente para administrar los derechos pensionales de quienes se encontraban afiliados a los fondos administradores de pensiones de naturaleza pública como la extinta Cajanal, pero que nunca se le asignó la función de administrar aportes efectuados al sistema general de pensiones por lo que no podría recibir a la demandante. Que es a Colpensiones a quien le corresponde recibirla. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen, inobservancia del principio de constitucionalidad de sostenibilidad financiera, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 126 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia.
Terminó la primera instancia con sentencia de 2 de octubre del 2019 en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 224 Min. 51:34).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la demandante. Que se entiende que se afilió de manera libre y voluntaria con la firma del formulario que era lo único que se exigía para el momento del traslado. Que con el testimonio recaudado se prueba que sí se le brindó la asesoría requerida. Que la demandante no tenía una expectativa legítima.

7. Impugnación y límites del ad quem. La demandante impugnó la decisión argumentando que la AFP privada no demostró que brindó la información exigida por la CSJ.

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

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

10. Alegatos UGPP. Solicita se declaren probadas las excepciones propuestas con la contestación de la demanda y se le exonere su responsabilidad, toda vez que existe una falta de legitimación en la causa por pasiva. Indicó que todos los afiliados de la extinta Cajanal fueron asignados al RPMPD, siendo para aquella fecha el ISS, hoy Colpensiones.

11. Alegatos demandante. Indicó que fue mediante engaños que los asesores del fondo de pensiones COLFONDOS convencieron a su prohijada de cambiarse de régimen. Que se debe tener en cuenta que en el presente proceso los demandados no pudieron acreditar de manera alguna que PABLA SOFIA MIRANDA ALVAREZ haya recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que los accionantes fueran beneficiarios del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del Traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Pabla Sofia Miranda cotizó a Cajanal entre el 25 de agosto de 1988 al 30 de noviembre de 1999, conforme aparece en el certificado de información laboral para pensiones y bonos pensionales del Ministerio (fol. 26) y que se trasladó a la AFP COLFONDPOS el 10 de diciembre de 1999 conforme aparece el formulario de vinculación. (fol 135).

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Presupuestos que no probó la AFP COLFONDOS pues aunque el testigo José Guillermo Campos Ospina, señaló que la AFP al momento del traslado le había brindado una asesoría a la señora Pabla Sofia Miranda Álvarez, resaltando que le habían informado la ventajas de afiliarse a Colfondos, que el ISS se iba acabar igual que Cajanal, que podía pensionarse a los 50 años dependiendo del ahorro que tuviera, que los intereses eran muy altos, que su pensión iba a ser mejor y que podría retirarse y cambiarse de fondo después de 1 año; lo cierto es que, no resulta suficiente con comentarle de las ventajas de la AFP privada sino que era necesario hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios **de cada uno de los regímenes pensionales**, no sólo del RAIS sino también del RPMPD, además también se le debían indicar las desventajas de cada régimen y las consecuencias de su traslado, como lo tenía sentado la CSJ para la época del traslado de la señora Miranda Álvarez.

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

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

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no hicieron.

Beneficiaria del régimen de transición, derechos adquiridos o expectativa legítima

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

Devolución de los gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse en primer lugar que la señora Pabla Sofia Miranda Álvarez antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Cajanal. En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación del actor 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 la actora a dicha entidad.

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

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

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

Excepción de Prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 2 de octubre del 2019, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora PABLA SOFIA MIRANDA ALVAREZ y en consecuencia, se ordena a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO.- CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP COLFONDOS y de COLPENSIONES.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***NELLY PEÑA SILVA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A. – UGPP***
RADICACIÓN : ***11001-31050-35-2017-00515-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA: ***INEFICACIA DE TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. **Demanda**. Nelly Peña Silva instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la UGPP y la AFP PORVENIR S.A. solicitando se declare la nulidad del traslado al RAIS. Como consecuencia se condene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar al RPMPD todos los aportes, saldos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos e intereses pertenecientes al RPMPD; se ordene a la UGPP o a Colpensiones que acepten el traslado de la demandante. (fol. 2 y s.s. y 69 y s.s. subsanación y 127 y s.s. reforma demanda incluye UGPP).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 26 de mayo de 1961; que toda su vida ha laborado en el sector público específicamente en la Rama Judicial; que actualmente labora como profesional universitario grado 16 en el Juzgado Quinto Administrativo de Bucaramanga; que cotizó a pensiones desde el 8 de febrero de 1988 haciendo aportes a Cajanal; que el 9 de septiembre de 1994 suscribió formulario de afiliación al RAIS; que el 8 de agosto de 1995 suscribió afiliación a PORVENIR y que el 1°de enero de 1999 se devolvió a la AFP PORVENIR; que el traslado al RAIS porque el asesor del fondo privado la indujo a error afirmándole que en el RAIS el monto de su pensión sería superior debido a que los aportes generaban rendimientos y que se podría pensionar a cualquier edad; que no se le brindó al momento del traslado

información completa, veraz e importante, y que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 96); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda argumentando que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición y que la afiliación que hizo al RAIS tiene plena validez y legalidad, puesto que no se encuentra acreditado ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 98 y s.s. y fol. 185 s.s. contestación a la reforma de la demanda).

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR S.A. dio respuesta al líbelo introductor con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante se trasladó primero a la AFP HORIZONTE hoy PROTECCIÓN y que al revisar las afiliaciones se observaba que la información que se le suministró está acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 145 y s.s. y fol. 200 y s.s. contestación a la reforma de la demanda).

5. Contestación de la UGPP. La UGPP dio respuesta al líbelo introductor con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que la parte demandante no ha probado tener derecho a lo solicitado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, imposibilidad de condena en costas y falta de título y causa. (fol. 225 y s.s. y fol. 256 y s.s. subsanación).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de octubre del 2019 en la que declaró la nulidad del traslado al RAIS; ordenó a la AFP PORVENIR a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos, debiendo asumir de su propio patrimonio los gastos de administración. Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante y a recibir los dineros provenientes de la AFP PORVENIR. Absolvió a la UGPP de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a la AFP PORVENIR S.A. (C.D. fol. 297 Min. 56:52).

La decisión del Juez se basó en que quien tiene la carga probatoria es la AFP. Que no puede hablarse de que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria como quiera que no se demostró haberse brindado la información necesaria a la demandante. Que el derecho a reclamar la nulidad del traslado es imprescriptible. Que no era necesario que la demandante fuera beneficiaria del régimen de transición o que tuviera una expectativa legitima o un derecho adquirido. Que la demandante antes de trasladarse al RAIS pertenecía a Cajanal por lo que debe devolverse a Colpensiones.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que no se debe aplicar el criterio de la CSJ pues la demandante al momento del traslado no tenía un derecho adquirido o una expectativa legitima. Que los aportes trasladados no son suficientes para financiar la pensión por lo que genera un detrimento para la entidad. (C.D. fol. 297 Min. 1:13:15).

8. Recurso de apelación <u>AFP PORVENIR</u> interpuso recurso de apelación argumentando que la jurisprudencia de la CSJ sólo debe aplicarse a personas que eran beneficiarias del régimen de transición, tenían una expectativa legitima o un derecho adquirido. Que a la demandante se le dio toda la información como ella lo confiesa al absolver el interrogatorio de parte. Que ya pasaron 25 años desde su traslado. Que la demandante no era una afiliada lego pues era jefe de recursos humanos al momento del traslado. Que firmo de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación. Que no se deben devolver los gastos de administración y los rendimientos. (C.D. fol. 297 Min. 1:14:21).

9. Alegatos UGPP. Manifestó que no tiene capacidad para actuar en este proceso, por cuanto no es la competente de resolver solicitudes de traslado entre el régimen de prima media al RAIS ni del reconocimiento y pago de derechos pensionales a cargo de las entidades que aún la UGPP no ha recibido la función pensional y la defensa judicial.

10. Alegatos Colpensiones. Indicó que la demandante al momento de la solicitud ya está incursa en la prohibición legal establecida en el art. 13 de la Ley 100 de 1993. Que no acreditó los vicios del consentimiento existente al momento del traslado. Que la carga de la prueba era de la demandante. Que al acceder al traslado se está descapitalizando el sistema.

11. Alegatos AFP PORVENIR S.A. Señaló que la información suministrada a los afiliados al RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Por lo tanto, las reglas y condiciones en que se realizan las vinculaciones de los afiliados no son caprichosas sino que son el resultado de dichas disposiciones que regulan el RAIS y las instrucciones que al efecto ha impartido la Superintendencia Financiera de Colombia. Indicó que partiendo de la lógica de la declaratoria de ineficacia que se solicita, las cosas vuelven a su estado inicial y por lo tanto, la obligación de mi representada será solamente el traslado de lo efectivamente cotizado por la demandante sobre el IBC reportado, ya que nunca se hubieren generado rendimientos financieros y no puede generarse una retroactividad plena toda vez que con el paso del tiempo estos rendimientos financieros son muy superiores a lo descontado por concepto de cuotas de administración y a los que se hubieren podido generar en el RPMD, por lo tanto, no sería procedente las restituciones de éstos valores descontados, ya que en ningún momento se presenta detrimento de la cosa administrada por lo explicado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR S.A. y COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiara en consulta en favor de Colpensiones en lo que no haya sido apelado.

Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es la demandante quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos; (ii) ¿Debe declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS por omisión de la información al momento del traslado?; (iii) ¿Es necesario para declarar la ineficacia que la demandante fuera beneficiaria del régimen de transición(iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante'; y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Precisado lo anterior, debe señalarse que encuentra la Sala acreditado dentro del proceso, que la señora Nelly Peña Silva cotizó a Cajanal entre el 8 de febrero de 1988 al 8 de septiembre de 1994, conforme aparece en el certificado expedido por la Rama Judicial (empleador de la demandante) (fol. 40); que el 9 de septiembre de 1994 se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PROTECCIÓN conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 37); que posteriormente, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A. al firmar el formulario de vinculación el 8 de agosto de 1995 (fol. 38), y finalmente, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. a partir del 1º de agosto de 1999, conforme a la certificación expedida por dicho fondo. (fol. 153)

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

Al revisar las pruebas obrantes en el proceso no se advierte que la AFP haya enterado de manera clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, lo cual era su carga probatoria.

La CSJ ha sido clara al señalar que la información que se debía brindar para la época del traslado de la demandante al RAIS –año 1994- consistía en una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, por ello, no resulta cierta la afirmación de la apoderada de COLPENSIONES, según la cual la demandante confesó en el interrogatorio de parte haber recibido la información, pues a minuto 25:23 del Cd fol. 297, la señora Peña Silva sólo manifestó que los visitaron haciéndoles una charla grupal; que les dijeron que Cajanal y el ISS se iban a acabar; que en el RAIS se podían pensionar cuando quisieran y que con el monto que quisieran; que si no lograban los requisitos para acceder a una pensión en el RAIS les devolvían los dineros ahorrados junto con los rendimientos, que sólo les decían que el RAIS era mejor; pero en ningún momento declaró que le hubiesen explicado características, ventajas y desventajas de cada régimen como lo exige la jurisprudencia de la CSJ.

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

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

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

Beneficiaria del régimen de transición

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

Saneamiento ante el traslado entre varias AFP del RAIS

En relación con la temática que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el traslado del afiliado entre diferentes AFP del RAIS o por el simple paso del tiempo, debe señalarse, conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, que el hecho de que la demandante se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información.

Devolución de gastos de administración, rendimientos y comisiones

Para resolver este punto, encaminado a determinar si las AFP están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se ,debe

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe señalarse que, en este caso particular, la demandante antes de trasladarse al RAIS no se encontraba afiliada a Colpensiones sino a Cajanal. En este punto conviene advertir que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliada al momento del traslado 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 de conformidad con el artículo 4° 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.

Sentado lo anterior es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación de la actora al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP PORVENIR los **aportes** efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

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

Conforme a lo expuesto, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019, se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado y activar en el régimen de prima media a la demandante.

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 9 de octubre del 2019, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de que lo que se declara es la INEFICACIA DEL TRASLADO y no la nulidad del mismo.

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

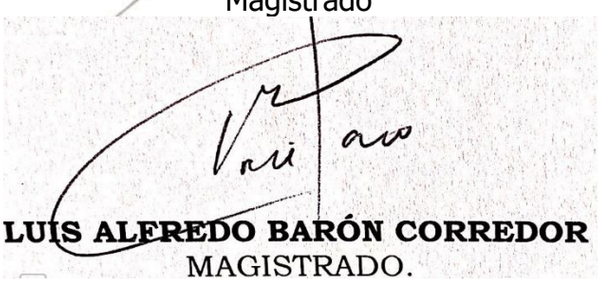
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ADRIANA DEL PILAR PEÑA DELGADILLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN:	***35-2019-00133-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3.Contestación de la demanda Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que su afiliación es válida pues se realizó de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fol. 56 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda argumentando que la asesoría que se le dio a la demandante fue totalmente veraz y se hizo conforme a la normatividad de la época. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la

obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos público del sistema general de pensiones y la genérica. (fol. 77 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de octubre del 2019 en la que absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 168 Min. 59:56).

Como sustento de su decisión indicó que si bien es cierto las AFP privadas no demostraron haber brindado la información a la demandante al momento del traslado; lo cierto es que, la demandante no probó cuál era el perjuicio que se le estaba ocasionando, ni que iba a recibir una mesada inferior en el RAIS.

6. Impugnación y límites del ad quem. La demandante impugnó la decisión argumentando que para que no proceda la ineficacia era necesario que la AFP no demostrara haber brindado la información necesaria; que no basta con la firma del formulario y que es evidente el perjuicio que se le ocasionó.

7. Alegatos demandante. Solicita se tengan en cuenta los argumentos de hecho y de derecho esbozados en la demanda y que no se probó que las demandadas le hayan brindado la información requerida a la demandante.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que existía una prohibición legal para aceptar el traslado de la demandante a Colpensiones, que no se acreditaron los vicios del consentimiento al momento del traslado, lo cual era carga probatoria de la demandante; que el deber de información solo se materializo a través de la ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, por lo que los fondos solo cuentan con el consentimiento vertido en el formulario; que al aceptarse el traslado se descapitalizaría el sistema.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes**.**

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

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen

pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Adriana del Pilar Peña Delgadillo cotizó a al ISS entre el 2 de agosto de 1984 al 31 de agosto del 2001, conforme aparece en la historia laboral (fol. 14) y que el 1° de septiembre del 2001 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 23).

Carga probatoria y deber de información

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999-2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

la AFP PROTECCIÓN tampoco demostró haber brindado la información requerida a la señora Adriana del Pilar Peña Delgadillo, siendo claro que se equivocó la falladora de primera instancia cuando a pesar de encontrar que la AFP privada no brindó la información exigida a la demandante absolvió, bajo el argumento de que la demandante no había demostrado el perjuicio que se le había ocasionado, ni que su mesada iba a ser superior en el RPMPD como quiera que esto no es exigido ni por la ley ni por la jurisprudencia, lo que se exige es que la AFP demuestre que brindó la información, lo cual se repite no se probó.

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

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a los demandantes una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlas de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no hicieron.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición o que tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

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

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

Respecto del asunto que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, debe decirse 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 las AFP los aportes efectuados por las accionantes a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarla en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- REVOCAR la sentencia proferida el 10 de octubre del 2019 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de

esta providencia, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora ADRIANA DEL PILAR PEÑA DELGADILLO y en consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO. - CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los aportes provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

TERCERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO. - SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia a cargo de la AFP PROTECCIÓN y de COLPENSIONES.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MAURICIO MONTOYA JARAMILLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***17-2018-00201-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.*** ***CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no existió ningún vicio del consentimiento en el traslado del demandante. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas. (fol. 93 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda argumentando que se opone a las pretensiones toda vez que el traslado se efectúo con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley. Que el demandante no demostró la falta de información que alega al momento del traslado. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 123 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 21 de octubre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales si a ello hubiere lugar, rendimientos, frutos e intereses. Ordenó a Colpensiones a recibir al demandante. (C.D. fol. 181 Min. 5:30).

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

6. Impugnación y límites del ad quem de la AFP PORVENIR S.A.. Impugnó la decisión argumentando que es muy conveniente que el demandante en su interrogatorio de parte sólo recuerde que el asesor le dijo al momento del traslado que su pensión iba a ser más alta, que se podía pensionar a cualquier edad y que el ISS se iba acabar y que no recuerde que más información se le brindó. Dijo que desde que se crearon los fondos se capacitaron los asesores para que brindaran la información requerida.

7. Impugnación de COLPENSIONES. Inconforme con la anterior decisión interpuso recurso de apelación argumentando que se probó que se le brindó la información requerida al demandante con la firma del formulario. Que el demandante no presentó la solicitud de traslado sino hasta que ya se encontraba inmerso en la prohibición legal.

8. Alegatos de Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Manifiesta que reitera que el demandante se encuentra incurso en la prohibición legal del art. 2° de la Ley 797 del 2003. Indica que no desconoce el deber de información por parte de las AFP, sin embargo, este deber se intensificó con la expedición de la Ley 1328 del 2009. Que la voluntad de afiliación se plasmó con la firma del formulario.

9. Alegatos demandante. Indica que los argumentos del fallo de primera instancia estuvieron acorde a derecho, por lo que no se atiendan las solicitudes de las demandadas. Que no es cierto que ni con el interrogatorio de parte ni con el formulario firmado por la demandante se logre probar que la AFP le brindó la información necesaria al momento del traslado. Y que el hecho de que la información que se echa de menos se encuentre en la Ley 100 de 1993, esto no releva a la AFP de su obligación de dar una asesoría completa al momento del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos

por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable.**

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

Ineficacia del Traslado de régimen – No nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del procesos que el señor Mauricio Montoya Jaramillo cotizó a la Cajanal del 8 de mayo de 1984 al 31 de mayo de 1985 y del 13 de febrero de 1986 al 25 de abril de 1988 conforme al certificado de información laboral para bonos pensionales (fol. 30 y 34); que cotizó a la Caja de Previsión Social de la Universidad Nacional de Colombia del 30 de diciembre de 1992 al 30 de enero del 2000 conforme al certificado de información laboral para bonos pensionales (fol. 40); que cotizó al ISS entre el 1° de octubre de 1992 al 8 de octubre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la AFP PORVENIR (fol. 48) y que el 22 de noviembre de 1999 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación, la cual se hizo efectiva a partir del 1° de enero del 2000 conforme a la certificación expedida por dicha AFP.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP no en el accionante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de

dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1999- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Una vez revisadas las pruebas allegadas al expediente, se evidencia que la AFP PORVENIR no demostró haber brindado la información requerida al señor Mauricio Montoya Jaramillo, pues si bien es cierto el demandante en su interrogatorio de parte señaló que la AFP le había informado que su pensión sería más alta en el RAIS, que podía pensionarse a cualquier edad y que el ISS se iba a acabar; lo cierto es que no confesó que le hubiesen informado sobre 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. Adicionalmente, si bien es cierto el apoderado de la AFP PORVENIR extraña que el demandante sólo recuerde que se le brindó dicha información, lo cual considera conveniente, lo cierto es que era él quien debía probar cuál fue la información brindada y no lo hizo. Además, aunque refiere que los fondos capacitaron desde el comienzo a sus asesores para que pudieran brindar una adecuada información a los futuros afiliados, lo cierto es que esta afirmación tampoco fue probada.

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

puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar 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 les perjudica, lo cual no hizo. Siendo claro que cualquier asesoría que le haya sido brindada con posterioridad al momento en que se realizó el traslado, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP al momento de su traslado de régimen, pues se reitera que la Corte fue clara al señalar que lo que se debe revisar en estos casos es sí al afiliado se le brindó la información necesaria al momento del traslado de régimen y no con posterioridad a dicho acto jurídico.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Devolución de los gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 21 de octubre del 2019 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor MAURICIO MONTOYA JARAMILLO de manera

íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NANCY ROCÍO DEL SOCORRO SARMIENTO FONSECA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN:	***29-2019-00007-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA FAVOR COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda de COLPENSIONES. Contestó señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PROTECCIÓN S.A. y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido,

inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (fol. 82 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante al momento de su afiliación fue debidamente asesorada, suministrándosele toda la información necesaria. Señala que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia y la genérica. (fol. 139 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de octubre del 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado al RAIS. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, rendimientos, cuotas de administración. Ordenó a Colpensiones a recibir todos los valores provenientes de la AFP PRIVADA, activarla en el RPMPD y actualizar la historia laboral. Sin costas. (C.D. fol. 163 Min.).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que no importa si es abogada y ahora Juez Laboral, ni si se le brindó una asesoría posterior a la afiliación. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible.

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

7. Alegatos AFP PROTECCIÓN S.A. Afirma que todas las actuaciones de la AFP siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad. Que todas las personas afiliadas a esa AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda la Ley 100 de 1993 y que todos los formularios de su entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994. Que una vez efectuado el traslado la demandante tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al RPMPD y no hizo uso de esa facultad. Que no se debe ordenar la devolución de comisión de administración y lo descontado para primas del seguro previsional pues esto se encuentra consagrado en la Ley. Y que frente al cobro de comisiones y primas opera el fenómeno de la prescripción.

8. Alegatos demandante. Indicó que durante el desarrollo del proceso llevado a cabo en el Juzgado, no se logró probar por parte de la demandada PROTECCIÓN, que se hubiese suministrado a la demandante la información necesaria, pertinente, oportuna y demás, con base en la normatividad requerida para dicha época, así como con base, en los amplios y pacíficos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia que hoy conforman precedente judicial con relación u ocasión a la anteriormente denominada nulidad de traslado hoy ineficacia de traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de Colpensiones, el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿En virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar la afiliación de la accionante en el régimen que aquella administra o sí esto representa un detrimento para dicha entidad? y (ii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del Traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Nancy Rocío del Socorro Sarmiento Fonseca cotizó al ISS 228.43 semanas, conforme a la historia laboral expedida por la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 3) y que el 8 de septiembre del 2009, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

En cuanto a lo manifestado por la AFP PROTECCIÓN en sus alegatos donde manifiesta que frente a las comisiones y primas opera el fenómeno prescriptivo no se hará ningún pronunciamiento como quiera que esto no fue apelado por dicha entidad, quien decidió no interponer ningún tipo de recurso y por tanto el presente proceso sólo se está conociendo en consulta en favor de Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el día 25 de octubre del 2019, por el juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes en edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSÉ ALEJANDRO ROZO RANGEL***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***26-2019-00025-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP COLFONDOS CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que se opone a las pretensiones de la demanda, en la medida que el traslado de la demandante obedeció al ejercicio de la autonomía de su voluntad y que fue una decisión libre, espontánea y sin presiones. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación con COLFONDOS, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 149 y s.s.)

4. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que su afiliación al RAIS tiene plena validez. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe. (fol. 177 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 14 de noviembre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade a COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados junto con los rendimientos sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Ordenó a Colpensiones que acepte el traslado. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 197 Min. 27:52).

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

6. Impugnación y límites del ad quem COLFONDOS. Impugnó la decisión argumentando que no está de acuerdo en que deba devolver los gastos de administración, pues está regulado en la ley que las AFP pueden hacer descuento por este concepto. Que no se debe ordenar devolver los rendimientos, como quiera que en el RPMPD no se hubiesen recibido.

7. Alegatos parte actora. Solicita se confirme la decisión proferida en primera instancia como quiera que las pretensiones elevadas en la demanda encuentran todo el soporte normativo y jurisprudencial, para que las mismas resulten avantes. Después de citar la normatividad vigente, señala que conforme a ella y al desarrollo jurisprudencia corresponde a la AFP la carga de la prueba, demostrando que brindo la información necesaria al momento del traslado.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor José Alejandro Rozo Rangel, cotizó al ISS entre el 2 de febrero de 1981 al 31 de julio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 37) y que el 11 de julio de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación. (Fol.158)

Deber de información

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que los demandantes realizaron el traslado al RAIS –año 1996- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no fue probado por la AFP PRIVADA dentro del presente proceso.

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

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

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlos de tomar una opción que claramente les perjudica. Siendo claro que no era los accionantes quienes debían acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era cada una de las AFP PRIVADAS las que debían brindar la información requerida al momento del traslado. Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que **no puede aceptarse el traslado** porque al demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Devolución gastos de administración, rendimientos y comisiones

Para resolver el tema encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de noviembre del 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DIANA ESPERANZA LEÓN LIZARAZO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.-AFP OLD MUTUAL***
RADICACIÓN:	***26-2018-00138-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A. CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda AFP PORVENIR S.A. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no cumple con los requisitos para acceder al traslado de régimen. Que si se le brindó la información necesaria. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de

las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 61 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la demandante goza de plena validez. Propuso como excepciones de fondo las prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación y buena fe. (fol. 99 y s.s.)

5. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. La AFP OLD MUTUAL contestó la demanda argumentando que no se opone, ni se allana pues las pretensiones están dirigidas a otra persona jurídica. Propuso como excepciones de fondo las de pago y la genérica. (fol. 130 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 25 de noviembre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Se ordenó a PORVENIR que trasladara a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Se ordena a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. Absolvió de las demás pretensiones y declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 142 Min. 32:44).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información al demandante al momento del traslado.

7. Impugnación y límites del ad quem. La AFP PORVENIR S.A. impugnó la decisión argumentando que para la fecha en que se realizó el traslado al RAIS era suficiente con la firma del formulario. Que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición, pues estos son propios del RAIS y se utilizaron para que la demandante obtuviera rendimientos. Que no hay lugar a devolver los rendimientos pues ellos nunca los habría obtenido en el RPMPD. Que no puede tenerse en cuenta el interrogatorio de parte, pues con el la demandante estaría fabricando su propia prueba.

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

9. Alegatos demandante. Manifestó que es procedente declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional, como quiera que en el proceso, las entidades demandadas no lograron demostrar que se otorgó una información clara y completa, respecto de las desventajas y ventajas que el traslado le reportaría al demandante, pues como se evidencia el único documento que se aportó respecto a la información dada fue la copia del formulario de afiliación, quedando así, demostrado que la administradoras de fondos de pensiones demandadas faltaron al deber legal impuesto en el literal d del artículo 60 de la Ley 100 de 1993 y en el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, que hacen referencia a la obligación de los fondos de suministrar una información suficiente, amplia y oportuna respecto del traslado con el fin de generar decisiones informadas, que el artículo 12 de la ley anteriormente nombrada además preceptúa que la misma se debe

brindar 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 el afiliado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Diana Esperanza León Lizarazo, cotizó al ISS entre el 7 de mayo de 1990 al 31 de marzo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones allegada dentro del expediente administrativo (fol. 24) y que el 26 de febrero de 1996, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 68); que posteriormente el 5 de agosto del 2011 se trasladó a la AFP OLD MUTUAL conforme aparece en la impresión del historial de vinculaciones de ASOFONDOS (fol. 69) y que finalmente se trasladó de nuevo a la AFP PORVENIR el 1° de abril del 2012 conforme aparece en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS (fol. 69)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PORVENIR S.A.

En este punto es necesario precisar que, si bien la señora Diana Esperanza León Lizarazo al absolver su interrogatorio de parte, señaló que no se le brindó la información necesaria, no significa que con dicha declaración se le haya permitido fabricar su propia prueba, pues quedó definido que es la AFP PORVENIR S.A. quien tenía la carga probatoria de demostrar haber brindado dicha información.

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

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

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

Necesidad de que sea beneficiaria del régimen de transición, tenga un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Devolución de los gastos de administración, las comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el día 25 de noviembre del 2019, dentro del proceso 2018-00138-01, proferida por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edictos,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ MARINA ARBELAEZ GALVEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***09-2018-00163-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PROTECCIÓN S.A. CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de la actora se realizó de manera libre y voluntaria y que el asesor de la AFP PRIVADA le suministró la totalidad de la información detallada clara, precisa y oportuna. Propuso como excepciones de fondo las de imposibilidad de declaratoria de nulidad del traslado y ausencia de vicios del consentimiento en la suscripción del contrato de afiliación, imposibilidad jurídica de efectuar la activación de la afiliación de la demandante en el

régimen de prima media con prestación definida, buena fe, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 80 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante carece de elementos que le permitan controvertir con contundencia el tiempo de información que le fue suministrado a la demandante hace 23 años. Que se debe presumir que la afiliación se llevó a cabo con apego a la normatividad vigente. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la nulidad alegada por no haberse configurado un vicio en el consentimiento, prescripción, validez de la afiliación al RAIS, no pertenecer la demandante al grupo de personas que puedan regresar al RPMPD y la genérica. (fol. 103 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 23 de octubre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Se ordenó a PROTECCIÓN que trasladara a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentran en la cuenta de ahorro individual, sin descuento alguna por concepto de gastos de administración y seguros de invalidez y de sobrevivientes. Se ordena a Colpensiones a reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueron trasladados. Absolvió de las demás pretensiones y declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 124 Min. 27:55).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información al demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. La AFP PROTECCIÓN S.A. impugnó la decisión argumentando que la demandante tenía pleno conocimiento de cómo funcionaba el RAIS pues hacía aportes voluntarios. Que si bien no existe prueba documental de la asesoría que se le brindó no significa que no se haya realizado. Que con el formulario se prueba que si se le brindó la asesoría.

7. Alegatos demandante. Manifestó que insiste en las pretensiones de la demanda, pues de conformidad con el acervo probatorio y las diferentes intervenciones de la accionada, sigue siendo clara la vulneración de derechos de carácter fundamental para su prohijada. Que las demandadas no garantizaron que la demandante recibiera toda la asesoría e información pertinente al momento del traslado, por lo que es procedente la ineficacia pretendida.

8. Alegatos AFP PROTECCIÓN. Indicó que todo lo que ahora reclama la parte actora se encuentra regulado por la Ley 100 de 1993 norma de orden público y cuyo tener se presume legalmente conocido por todos. Manifiesta que no es posible alegar en su beneficio su propia negligencia pues el desconocimiento de la ley no releva de responsabilidad, por lo que el traslado que efectúo la demandante al RAIS es totalmente válido.

9. Alegatos Colpensiones. Solicita que el presente proceso sea conocido en grado jurisdiccional de consulta en su favor y, por lo tanto, se revoque la decisión proferida en primera instancia de fecha 23 de octubre del 2019, teniendo en cuenta que sólo se dio importancia a la manifestación de la demandante cuando manifestó que no se le brindó asesoría al momento del traslado. Señaló que, si bien es cierto Colpensiones desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría, no es menos cierto que si la demandante eligió el RAIS se debió a la información que se

le brindó por parte de los asesores de la AFP PROTECCIÓN. Que no se probó que al momento de la vinculación al RAIS se haya presentado algún vicio del consentimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Luz María Arbeláez Gálvez, cotizó al ISS entre el 8 de junio de 1989 al 30 de abril de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 77) y que el 9 de enero de 1996 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación. (Fol.92)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP–año 1996- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN, no siendo suficiente con que la demandante haya realizado aportes voluntarios.

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

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

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

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o una expectativa legitima

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber

pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el día 23 de octubre del 2019, proferida por el juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motica de este proveído.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***NESTOR FERNANDO SANDOVAL REYES***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN : ***11001-31050-23-2019-00159-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA.***
TEMA: ***INEFICACIA DE TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. **Demanda**. Néstor Fernando Sandoval Reyes instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PROTECCIÓN S.A. solicitando se declare la ineficacia del traslado al RAIS, toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó la información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como desventajas de uno y otro régimen. Como consecuencia se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones tener entre sus afiliados a la demandante como si nunca se hubiese trasladado de régimen y se ordene a la AFP PROTECCIÓN que devuelva todos los aportes cotizados en el RAIS y las costas del proceso. (fol. 3 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: se afilió al ISS el 9 de marzo de 1988 en donde alcanzó a cotizar 302 semanas; que se encontraba afiliado al ISS a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993; que se afilió a la AFP PROTECCIÓN el 27 de junio de 1994; que no se le brindó por parte del funcionario de la AFP PROTECCIÓN la información suficiente; que no se le elaboró una proyección; que cumplió los 52 años de edad el 1° de julio del 2008; que actualmente cuenta con 1446.29 semanas cotizadas; que solicitó que se invalidara su traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 90); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda argumentando que se opone a las pretensiones de la demanda como quiera que la

afiliación que realizó el demandante cuenta con validez, como quiera que se realizó de manera libre y voluntaria y no se ha demostrado ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo los de validez de la afiliación al RAIS, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, compensación y la genérica. (fol. 98 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. La AFP PROTECCIÓN S.A. no contestó la demanda dentro de la oportunidad legal, por lo que el fallador de primera instancia la tuvo por no contestada mediante auto del 4 de octubre del 2019. (fol. 166 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de diciembre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia ordenó a la AFP PROTECCIÓN que devuelva o traslade todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación, con sus frutos e intereses, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, ni ningún otro concepto. Declaró que el actor se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones quien debe recibir los dineros. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 180 Min. 32:45).

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

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación argumentando que no existe ninguna prueba que permita evidenciar que existió un vicio del consentimiento. Que el actor no tiene una expectativa legitima, ni es beneficiario del régimen de transición. Que no probó la falta de información. Que el demandante señaló que sabía que podía hacer aportes voluntarios o se podía pensionar a cualquier edad. Que el demandante recibió asesorías en el año 2012 y 2015. (C.D. fol. 180 Min. 49:52).

7. Recurso de apelación AFP PROTECCIÓN interpuso recurso de apelación argumentando que si se dio la información necesaria y que no pueden devolverse los gastos de administración. (C.D. fol. 180 Min. 52:12).

8. Alegatos demandante. Manifestó que no existen pruebas dentro del expediente que permitan demostrar que la AFP PROTECCIÓN S.A. le brindó una asesoría integral, veraz y oportuna al momento en que se trasladó al RAIS. Solicita se siga la línea jurisprudencial de la CSJ.

9. Alegatos Colpensiones. Indicó que no existen elementos que evidencien la existencia de vicios del consentimiento al momento del traslado y que el demandante no tenía una expectativa legítima, por lo que con el traslado se viola el principio constitucional de sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿El demandante es quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Debe declararse la ineficacia de su afiliación al RAIS por omisión de la información al momento del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP PROTECCIÓN S.A. está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y los rendimientos que se generaron?; (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?

Previo a resolver los problemas jurídicos, encuentra la Sala acreditado dentro del proceso, que el señor Néstor Fernando Sandoval Reyes cotizó al ISS entre el 9 de marzo de 1988 al 30 de junio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 110) y que el 27 de junio de 1994 firmó el formulario de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 65)

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria cuando se pretende declarar la ineficacia del traslado, debe decirse que contrario a lo señalado por la apoderada de COLPENSIONES, recae en la administradora de fondos de pensiones y no en 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 el afiliado se encuentre en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Y es que de ninguna prueba obrante en el proceso se advierte que la AFP haya enterado de manera clara, precisa y detallada al accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, lo cual era su carga probatoria. Ahora, frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN haberle informado a la demandante, no siendo suficiente con que el actor tuviera conocimiento de que podía hacer aportes voluntarios y pensionarse a cualquier edad.

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

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

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

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima.

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

Devolución gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adoctrinado por la CSJ entre otras en la sentencia SL4360-2019 se debe ordenar a Colpensiones aceptar el traslado

y activar en el régimen de prima media al demandante y es que es claro que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la demandante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de diciembre del 2019 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- SIN COSTAS en esta instancia

.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSÉ AGUSTÍN HERNÁNDEZ PACHON***
DEMANDADO:	***FONCEP***
RADICACIÓN:	***12-2018-00409-01***
ASUNTO:	***CAPELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***PENSIÓN SANCIÓN - EDIS-***

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

AUTO

En atención a la solicitud presentada por la parte demandante en sus alegatos de conclusión, se debe señalar que éste no es el momento procesal oportuno para solicitar pruebas, pues de conformidad con lo preceptuado en el art. 25 del CPT y de la SS, los documentos que se pretendan hacer valer a título de prueba deben ser haber allegados con la demanda.

Adicionalmente, la petición no cumple con lo establecido en el art. 83 del CPT y de la SS, norma que se dispone que en segunda instancia las partes sólo podrán solicitar el decreto y práctica de pruebas cuando en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas.

Por tanto, no se accede a su solicitud y no serán valorados los documentos allegados con las alegaciones.

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSÉ AGUSTÍN HERNÁNDEZ PACHÓN instauró demanda ordinaria contra FONCEP con el fin de que se **CONDENE** a la demandada a reconocer y pagarle una pensión sanción a partir del 23 de noviembre del 2018; a indexar la primera mesada pensional, a pagar las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios a la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS – EDIS- del 16 de marzo de 1981 al 14 de junio de 1994; que fue despedido sin justa causa; que el último salario promedio devengado fue de $342.258,17; que desempeñó las funciones de conductor; que fue

despedido como si hubiese desempeñado el cargo de obrero; que según el Acuerdo 41 de 1993 Bogotá se hizo cargo de todas las obligaciones derivadas de la extinción de la EDIS; que el Gobierno Distrital delegó en el FONCEP el conocimiento de todos los temas relacionados con la pensión sanción; que elevó reclamación administrativa.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 100); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación del FONCEP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el tema relacionado con la pensión sanción ya fue decidido mediante sentencia del 5 de febrero de 1999 expediente 18895 ante ese mismo Despacho y dentro del cual se negaron las pretensiones del demandante; por lo que existe cosa juzgada. Presentó como excepción previa la de cosa juzgada frente a la pensión sanción y las de fondo de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. (fol. 102 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de diciembre del 2019 en la que el fallador de primera instancia **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 132 mit. 12:17)

Su decisión se basó en que en cuanto a la pensión sanción existe cosa juzgada como quiera que, en el proceso anterior se estudió dicha pretensión y se estableció que el actor tenía derecho a la misma. Señaló que en dicha sentencia no se estudió la forma en que se debía liquidar dicha pensión, simplemente se dijo que no podía ser inferior al SMMLV, por lo que no existe cosa juzgada en cuanto a la forma en que debe liquidarse dicha pensión y si debe indexarse la primera mesada pensional o no. Que para liquidar este tipo de pensión deben utilizarse los factores salariales establecidos en la Ley 33 y 62 de 1985 como son la asignación básica, los gastos de representación, la prima de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación, dominicales, festivos y horas extras, así como la bonificación por servicios prestados. Que se debe indexar la primera mesada pensional y aplicar una tasa de reemplazo del 49.71%. Que al realizar las operaciones aritméticas arroja una mesada inferior al salario mínimo, por lo que su pensión es de salario mínimo como efectivamente se le viene pagando, por lo que no hay lugar a modificar el valor de la mesada que viene recibiendo.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que se deben tomar todos los factores salariales señalados en la certificación para establecer el último salario promedio, por lo que solicita se revisen las operaciones aritméticas. (C.D. fol. 132).

6. Alegatos del demandante. Solicita se requiera a la SUBDIRECCIÓN DE PROYECTOS ESPECIALES de la SECRETARÍA DE HACIENDA DE BOGOTÁ para que expida certificación del cargo desempeñado por el demandante hasta la terminación de su contrato y su remuneración con todos los factores salariales devengados por éste. Indicó que se logró acreditar la condición de conductor. Señala que el actor tiene derecho a que se le indexe su mesada pensional. Y finalmente, manifiesta que aporta unos documentos, los cuales sean tenidos en cuenta en esta instancia.

7. Alegatos FONCEP. Manifiesta que el demandante no tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción, toda vez que no cumple con los requisitos para obtener dicha prestación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la parte demandante se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El demandante tiene derecho a que se le reliquide la pensión sanción establecida en el art. 8º de la Ley 171 de 1961?

Relación laboral / Pensión sanción

No mereció ningún reparo de las partes, lo siguiente:

- El señor JOSÉ AGUSTÍN HERNÁNDEZ PACHON laboró al servicio de la EDIS liquidada entre el 16 de marzo de 1981 al 14 de junio de 1994 fecha a partir de la cual se le da por terminado el contrato de trabajo por la liquidación del empleador, lo cual se corrobora con la certificación expedida por la Alcaldía de Bogotá visible a folio 28 y s.s. y la Resolución Nº 2061 de 1994 por medio de la cual se le da por terminada la relación laboral, conforme aparece a folio 83.

- El actor tiene derecho a una pensión sanción a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, los cuales cumplió el 28 de noviembre del 2018, como quiera que cumple con los requisitos establecidos en el art. 8º de la Ley 171 de 1961, conforme se estableció por esta Corporación en providencia del 17 de agosto del 2000 dentro del proceso bajo el radicado Nº 941218895A. (fol. 101 y s.s.)

Monto de la pensión

Para el fallador de primera instancia no existe cosa juzgada frente al monto de la pensión, por lo que procede a liquidarla conforme lo establece la Ley 33 y 62 de 1985, decisión con la que no está de acuerdo el demandante, pues reitera que deben incluirse todos los factores salariales devengados.

No puede pasar por alto la Sala que, al revisar la sentencia proferida por esta Corporación dentro del expediente N°941218895A, no sólo se determinó que el actor tenía derecho a una pensión sanción, sino que además, tal y como se plasmó tanto en la parte considerativa como en la resolutiva, la pensión otorgada sería en cuantía de $72.542 mensuales, lo cual quedó zanjado, y por tanto, existe cosa juzgada frente a este punto, la cual se declarará de oficio.

En consecuencia, no hay lugar a estudiar con que factores debe liquidarse la pensión pretendida, pues esto ya fue definido en el proceso anterior, y en caso de que el actor no hubiese estado de acuerdo con dicho monto por considerar que existían factores salariales que hacían falta incluir, como lo alegar ahora, tenía los recursos de ley dentro del proceso para discutirlo, sin que hubiera procedido de conformidad.

Indexación de la primera mesada pensional

En cuanto a la indexación de la primera mesada pensional pretendida, esta Colegiatura, al igual que el fallador de primera instancia, acoge el criterio expuesto por la H. Corte

Suprema de Justicia a partir de la sentencia CSJ SL del 20 de abr. de 2007, rad.29470, y las sentencias de la Corte Constitucional, C-862/06 y la C-891A-06, en la que se ordenó reconocer la indexación de la primera mesada para las pensiones distintas a las de Ley 100 de 1993, como es el caso que nos ocupa y por tanto se procede a realizar los cálculos correspondientes para determinar el valor del salario indexado, así:

VA = VH * IPC Final
IPC Inicial
VA= 72.542*138.85 (IPC dic 2017)
21.32 (IPC dic 93)
VA= $472.441

Suma que igualmente es inferior al salario mínimo del año 2018 que ascendía a la suma de $737.717, por lo que no hay lugar a reliquidar la pensión del demandante, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 11 de diciembre del 2019 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, para DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA frente a la declaratoria de la pensión sanción y el monto de la misma, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo del demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000 las cuales serán liquidadas por el fallador de primera instancia de conformidad con el art. 366 del CGP.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***MARÌA MARGARITA BLANCO RIVERA***
DEMANDADO: ***UGPP***
RADICACIÓN: ***1100131050-21-2019-00160-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA: ***PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN – CAJA AGRARIA-***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA MARGARITA BLANCO RIVERA instauró demanda ordinaria contra la UGPP con el fin de que se le reconozca una pensión de jubilación debidamente indexada desde el 14 de abril del 2024, fecha en la cual cumple los 60 años de edad. (fol. 25 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios personales a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero mediante contrato de trabajo escrito a término fijo durante 7 meses y 4 días desde el 28 de enero al 26 de febrero de 1987, del 11 de marzo al 31 de julio de 1987, desde el 8 de agosto al 3 de octubre de 1987; que posteriormente se vinculó mediante contrato a término indefinido desde el 23 de octubre de 1987 al 27 de junio de 1999 (11 años y 245 días); que laboró un total de 12 años y 99 días; que nació el 14 de abril de 1964; que su empleador nunca lo inscribió para los riesgos de invalidez, vejez y muerte; que actualmente se encuentra cesante; que el último salario devengado fue de $686.094; que cumple con los requisitos para acceder a una pensión restringida de jubilación bajo los parámetros de la Ley 171 de 1961; que cuando empezó a regir la Ley 100 de 1993 ya había adquirido el derecho a la pensión aquí reclamada; que adquirió el derecho a la pensión desde que se retiró de la Caja Agraria; que su pensión debe ser asumida por la UGPP.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 126); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no tiene derecho a que se le

reconozca la pensión restringida de jubilación bajo los parámetros del artículo 8º de la Ley 171 de 1961 ya que la mencionada norma fue subrogada por el artículo 37 de la Ley 50 de 1990. Que la demandante actualmente cuenta con 55 años, por lo que no hay lugar a reconocer la pensión deprecada como quiera que aún no ha alcanzado la edad requerida. Que no se encuentra probado que la desvinculación de la demandante haya obedecido a un despido injusto. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 128 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de diciembre del 2019 en la que el fallador de primera instancia **absolvió** a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 179 mit. 12:42)

Su decisión se basó en que se encuentra probado que el actor laboró 12.72 años para la Caja Agraria; que fue despedido sin justa causa, pues la liquidación de la empresa es una causal de terminación legal, pero no justa; que conforme aparece a folio 25 la entidad contrario a lo señalado por la demandante si afilió y cotizó por ella a Colpensiones. Indicó que teniendo en cuenta que una vez entró a regir la Ley 100 de 1993 su empleador la afilió a Colpensiones se le exonera al empleador del pago de la pensión sanción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante cumple con los requisitos para acceder a una pensión restringida de jubilación consagrada en el art. 8º de la Ley 171 de 1961. Indicó que si bien es cierto se demostró que la demandante fue afiliada a Colpensiones por parte de la Caja Agraria dicha afiliación fue extemporánea porque ella comenzó a laborar desde el año 1987 y fue afiliada tan sólo hasta el año 1995. Que se debe revocar el fallo apelado para en su lugar reconocer la pensión deprecada. (C.D. fol. 179).

6. Alegatos UGPP. Solicita se declaren probadas las excepciones propuestas y se confirme el fallo de primera instancia toda vez que el demandante no cumple con los requisitos establecidos en el art. 8 de la ley 171 de 1961.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en consulta en favor de Colpensiones. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La UGPP debe reconocer a la demandante una pensión sanción a pesar de que su empleador la Caja Agraria la afilió a Colpensiones en el año 1995?

Relación Laboral

Se encuentra acreditado dentro del proceso, que la demandante laboró para la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero desde el 28 de enero de 1987 al 26 de febrero de 1987, del 11 de marzo de 1987 al 31 de julio de 1987, del 8 de agosto de 1987 al 3 de octubre de 1987 y del 23 de octubre de 1987 al **27 de junio de 1999**, ocupando como último cargo el de Subdirector I en la oficina de Villa Caro-Norte de Santander, ostentando la calidad de trabajador oficial, según se colige de la certificación expedida por la Coordinadora del Grupo de Gestión Integral de Entidades Liquidadas, el día 19 de enero del 2017. (fol. 19).

También se encuentra probado que la Caja Agraria le dio por terminado el contrato de trabajo al actor de manera unilateral por la supresión del cargo que venía desempeñando conforme se evidencia en la carta de terminación. (fol. 12)

Pensión sanción

Sea lo primero indicar que, la demandante pretende con el presente proceso se le reconozca una pensión sanción por haber sido despedida sin justa causa.

Frente a esta solicitud debe tenerse en cuenta, conforme lo dispuesto nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 584-2020, que la normatividad que rige la pensión sanción es la vigente al momento de causación del derecho, esto es, la fecha del despido sin justa causa, como quiera que la edad en este tipo de pensión es tan sólo un requisito de exigibilidad conforme lo tiene sentado la Corte en la sentencia SL 336-2020.

Ahora, teniendo en cuenta que el contrato de trabajo de la demandante finalizó como ya se dijo el **27 de junio de 1999,** contrario a lo señalado por la parte demandante, la normatividad aplicable al presente caso no es el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, pues para la fecha del despido ya se encontraba vigente la Ley 100 de 1993, la cual es la norma que se debe aplicar al presente caso.

Una vez sentado lo anterior, debe recordarse que el artículo 133 de la Ley 100 de 1993 estableció una pensión sanción para los trabajadores que cumplieran con los siguientes requisitos: i) no estará afiliado al Sistema General de Pensiones por omisión del empleador; ii) que haya sido despedido sin justa causa y iii) que haya laborado durante 10 años o más continuos o discontinuos.

Al constatar si cumple con el primero de los tres requisitos, esto es, la no afiliación al sistema de seguridad social integral, se tiene que según la historia laboral expedida por Colpensiones visible a folio 163 y s.s. la Caja Agraria afilió a la señora Blanco Rivera desde el 1º de marzo de 1995 y cotizó por ella hasta el 27 de junio de 1999, fecha en que fue despedida, luego es claro que sí estuvo afiliada al sistema y por tanto, la pensión reclamada se torna improcedente.

No resulta de recibo el argumento de la parte demandante según el cual la afiliación de la demandante fue extemporánea pues no fue afiliada desde que inició su relación laboral en el año 1987, como quiera que para esa fecha no podemos hablar de omisión en la afiliación por parte del empleador como lo exige la norma precitada, pues tal y como lo ha indicado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 3508-2019 antes de la expedición de Ley 100 de 1993, la afiliación de los trabajadores oficiales al Seguro Social, para efectos de la cobertura de la vejez, no era forzosa, lo que significa que no era obligatorio que la empresa oficial a la que prestaran sus servicios los afiliara a la citada entidad de seguridad social.

Así las cosas, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho la suma de $350.000.

La presente providencia se notifica a las partes en estrados,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSÉ ELIECER JIMÉNEZ ROJAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***26-2019-00606-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA A FAVOR DE COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda COLPENSIONES. Contestó señalando que el demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP PRIVADO y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación a la administradora privada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 86 y s.s.)

4. Contestación de COLFONDOS S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que sí le brindó al demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen. Que el demandante contó con una información clara, cierta, completa, lo llevo a que de manera libre y voluntaria suscribiera el formulario de vinculación. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (fol. 121 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de diciembre del 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. Condenó a la AFP COLFONDOS a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de gastos de administración. Condenó a Colpensiones a aceptar la transferencia y a contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante. (C.D. fol. 168 Min. 10:12).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que además en los alegatos de conclusión COLFONDOS señaló que no se oponía a las pretensiones de la demanda.

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

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de Colpensiones, el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿En virtud de la ineficacia del traslado de la actora, está Colpensiones obligada a activar la afiliación de la accionante en el régimen que aquella administra o sí esto representa un detrimento para dicha entidad? y (ii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad de traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse

desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Jorge Eliecer Jiménez Rojas, cotizó al ISS entre el 22 de octubre de 1987 al 30 de abril del 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 99) y que el 26 de abril del 2000 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 137)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el 11 de diciembre del 2019, por el Juzgado 26 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria
Res. 380 y 385/20 Min. Salud y Protección Social

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JORGE ENRIQUE CAICEDO RUBIANO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A. – AFP COLFONDOS S.A. – CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA FAMILIAR MILITAR Y DE POLICIA***
RADICACIÓN:	***28-2018-00261-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA FAVOR COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

Dentro del proceso 28-2018-00261-01 la pretensión dirigida a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía va encaminada a que traslade el bono pensional al cual tiene derecho el actor.

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

3. Contestación de la demanda CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICIA. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones, señalando que en los hechos de la demanda no sustenta la reclamación realizada contra dicha entidad y que si bien existe el deber por parte de dicha entidad de emitir un bono, éste sólo se general al momento en que se materialice el derecho a la pensión. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva e inexistencia de la obligación del bono pensional por no estar causado aún el derecho. (fol. 74 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el contrato celebrado con el demandante es totalmente válido y produjo efectos jurídicos, puesto que en el mismo confluyeron todos los elementos para su existencia y su validez, en especial la manifestación de su voluntad, al tiempo que no existió un vicio del consentimiento, ni se le ocultó información al momento de afiliarse. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Colfondos S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 123 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen del actor se efectúo con el lleno de los requisitos establecidos en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios. Que no se allegó ni siquiera prueba sumario que acredite lo pretendido por la actora. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la genérica. (fol. 163 y s.s.)

6. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el actor se afilió válidamente y no probó error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (fol. 85 y s.s.)

7.Fallo De Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de diciembre del 2019 en la que declaró la nulidad del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que transfiera todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos, sin deducción alguna por gastos de administración y seguros de invalidez y sobrevivencia. Ordenó a la AFP COLFONDOS que transfiera todos los dineros que recibió como cotizaciones por el tiempo que estuvo afiliada la demandante a dicha entidad. Ordenó a COLPENSIONES que reactive la afiliación de la demandante en el RPMPD, sin solución de continuidad. Declaró no probadas las excepciones propuestas. (C.D. fol. 211 Min. 19:53).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información al demandante al momento del

traslado. Que no basta con la firma del formulario. Que el derecho a solicitar la nulidad del traslado es imprescriptible.

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

9. Alegatos AFP PORVENIR (Decreto 806 del 2020). Señaló que las omisiones que se le atribuyen particularmente la de información sobre las características del RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras se encuentran consagradas en la Ley y sus decretos reglamentarios, por lo que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la Ley. Que no se evidencia ningún vicio del consentimiento al momento del traslado. Que al momento del traslado no existía la obligación de realizar proyecciones o estudios previos. Manifiesta que en caso de ser confirmada la sentencia debe tenerse en cuenta que los gastos de administración se descuentan en virtud de una norma vigente y se generan en ambos regímenes.

10. Alegatos demandante. Manifestó que de las pruebas allegadas al expediente no aparece ningún medio de convicción que demuestre que la AFP COLFONDOS le brindó al demandante la información necesaria para que la decisión del traslado pueda considerarse libre y voluntaria. Que la AFP no demostró que actúo con la debida diligencia y cuidado al momento del traslado. Finalmente cita jurisprudencia de la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de Colpensiones, el problema jurídico a resolver consiste en determinar ¿En virtud de la ineficacia del traslado del actor, está Colpensiones obligada a activar la afiliación del accionante en el régimen que aquella administra o sí esto representa un detrimento para dicha entidad? y (ii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Jorge Enrique Caicedo Rubiano cotizó al ISS entre el 9 de diciembre de 1977 al 1° de junio de 1978, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 90) y que el 19 de mayo de 1994 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 158), y que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. a partir del 1° de diciembre del 2011, conforme aparece en la certificación expedida por dicha entidad (fol. 172).

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral primero de la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del Expediente 28-2018-00261-01, que declaró nulo el traslado, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - ADICIONAR El numeral segundo de la sentencia consultada dentro del proceso 28-2018-00261-01, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP COLFONDOS que devuelva a COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración y comisiones por el tiempo que estuvo allí afiliado el actor.

TERCERO. -CONFIRMAR en todo lo demás el proceso 28-2018-00261-01

CUARTO. - SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

Se suscribe con firma escaneada por emergencia sanitaria
Res. 380 y 385/20 Min. Salud y Protección Social

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EGUINIBARDO RUÍZ SAAVEDRA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-25-2015-00400-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA:	***PENSIÓN DE JUBILACIÓN LEY 71 DE 1988***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Eguinibardo Ruíz Saavedra instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca una pensión de jubilación de conformidad con lo establecido en la Ley 71 de 1988 por ser beneficiario del régimen de transición a partir del 1° de enero del 2015, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: ha solicitado a Colpensiones el reconocimiento de su derecho pensional sin obtener una respuesta favorable; que Colpensiones mediante la Resolución VPB 2225 del 21 de febrero del 2014 exhortó al actor a continuar cotizando para acceder a la pensión prevista en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003; que en acatamiento de lo anterior continúo cotizando; que al sumar el tiempo cotizado en el sector público más el tiempo cotizado en el ISS hoy Colpensiones arroja un total de 7288 días lo que equivale a 20 años 2 meses y 28 días; que el actor es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia de dicha normatividad tenía más de 40 años; que conservó dicho régimen hasta el 31 de diciembre del 2014; que cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo

los parámetros de la Ley 71 de 1988; que el status de pensionado lo adquirió el 2 de octubre del 2014; que su pensión debe ser reconocida a partir del 1° de enero del 2015 en cuantía inicial de $1’009.907.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 70), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que no carecen de fundamentos de derecho. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas, falta de título y causa, y las que se declare de oficio. (fols. 77 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de diciembre del 2019, en la que el fallador de primera instancia reconoció pensión de jubilación a partir del 1° de enero del 2015 al demandante; declaró no probada la excepción de prescripción. Cuantificó el retroactivo. Condenó al pago de intereses moratorios desde el reconocimiento de cada una de las mesadas pensionales. (C.D. fol. 97 Min. 3:08).

Su decisión se basó en que el actor es beneficiario del régimen de transición; régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 43 años y cotizó más de 750 semanas al momento en que entró a regir el AL 01 del 2005; que cumple los requisitos de edad y tiempo de la Ley 71 de 1988. Que al realizar las operaciones aritméticas arroja un IBL de $1’355.999 el cual al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% da una mesada inicial para el 1° de enero del 2015 de $1’017.000. Que los intereses moratorios deben ordenarse desde el reconocimiento de cada mesada. Que no alcanzó a transcurrir el término trienal por lo que se debe declarar no probada la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación argumentando que no se puede reconocer como lo pretende el demandante teniendo en cuenta que mediante la Resolución GNR 290225 del 2015 Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a favor del demandante en los términos de la Ley 71 de 1988 lo cual le arrojó una **mesada inicial de $950.555** a partir del 1° de enero del 2015 y pagándose el correspondiente retroactivo. Que teniendo en cuenta que este acto administrativo fue notificado a la apoderada del demandante. Que las pretensiones de la demanda carecen de objeto, pues ya se le reconoció la pensión. Solicita se condene en costas al demandante. Que solicita se revise dicha Resolución. (C.D. fol. 97 Min. 12:02).

6. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Manifestó que, si bien el demandante cumple con el requisito de edad establecido en la Ley 71 de 1988, lo cierto es que no sucede lo mismo con el requisito del tiempo, por lo que no tiene derecho a que se le reconozca la pensión pretendida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los problemas jurídicos que centra la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿El presente proceso carece de objeto teniendo en cuenta que Colpensiones reconoció una pensión de jubilación, mediante la Resolución GNR 290225 del 2015?; en caso negativo; (ii) ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición?; (iii) ¿ El actor tiene derecho

a una pensión de jubilación bajo los parámetros de la ley 71 de 1988?; (iv) ¿Proceden los intereses moratorios?; (v) ¿Hay lugar a actualizar el retroactivo? y (vi) ¿Debe declararse no probada la excepción de prescripción?

Carencia de objeto

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si el presente proceso carece de objeto, pues conforme lo indica la apoderada de Colpensiones en su apelación, ya se le reconoció una pensión de jubilación al actor mediante la Resolución GNR 290225 del 2015, la cual solicita se revise; es necesario precisarle a la apoderada de Colpensiones, que no es posible revisar dicha Resolución como quiera que no se allegó al expediente, pues fue tanta la inactividad probatoria de Colpensiones que se limitó a aportar con la contestación de la demanda únicamente la historia laboral del señor Ruíz Saavedra, sin aportar ni la Resolución mencionada siquiera en la apelación, como tampoco fue aportado al plenario el expediente administrativo del actor.

Por tanto, es claro que la presente demanda no carece de objeto.

Régimen de transición

Respecto del segundo tópico, efectivamente como adujo el a quo, el actor resulta beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, pues a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad (hombre), específicamente con 43 años al haber nacido el 24 de julio de 1950, como se desprende de la copia de la cédula de ciudadanía (fol. 13).

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, como quiera que al entrar a regir el AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005, contaba con **891.40 semanas,** conforme aparece en el certificado de información laboral para bonos pensionales visible a folio 25 y s.s., en la Resolución N° 021983 del 26 de julio del 2010 y en la historia laboral expedida por Colpensiones fol. 75, en el que se constata que el actor laboró (i) para la Secretaría de Educación de Cundinamarca del 27 de agosto de 1974 al 30 de enero de 1975; (ii) para el Senado de la República del 1° de julio de 1976 al 31 de julio de 1978, (iii) en el ICA del 2 de mayo de 1977 al 24 de marzo de 1993 y, (iv) realizó cotizaciones para Colpensiones desde el 1°de enero de 1998.

Requisitos de la Ley 71 de 1988

La Ley 71 de 1988, establece como requisitos en su art. 7º, que se acredite de un lado, el cumplimiento de los **60 años de edad**, los cuales alcanzó el demandante el 24 de julio del 2010, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1950, como da cuenta la fotocopia de la cédula visible a folio 13, y cuenta además, con más de **20 años de aportes**, específicamente con 21 años, 5 meses y 25 días, teniendo en cuenta el tiempo laborado en:

Secretaría de Educación de Cundinamarca	27 de agosto de 1974 al 30 de enero de 1975	153 días	fol. 46
Senado de la República	1° de julio de 1976 al 31 de julio de 1978	750 días	fol.19
ICA	2 de mayo de 1977 al 24 de marzo de 1993	5722 días	fol. 25

Colpensiones	1° de noviembre de 1998 al 31 de diciembre del 2014	1110.13 días	fol. 35

Por tanto, le asiste razón al fallador de primera instancia al señalar que el actor tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de jubilación al amparo de esta normatividad, la cual entra a disfrutar a partir del **1° de enero del 2015,** día siguiente a la última cotización, fecha para la cual se entiende desafiliado del sistema conforme lo exige el artículo 2° del D.R. 2709 de 1994.

Monto de la pensión

Teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993 -1° de abril de 1994- al actor le hacía falta más de 10 años para adquirir el derecho, su pensión debe liquidarse conforme al art. 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con los últimos 10 años, no siendo posible liquidar con toda la vida laboral, pues el demandante no alcanzó a cotizar más de 1250 semanas, sino únicamente 113.92 semanas.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas tomando años de 360 días conforme lo tiene sentado nuestra CSJ en la sentencia SL 807-2019 y utilizando los IPC establecidos por el DANE (base 2008-vigente para la fecha de causación) se establece que el IBL del actor en los últimos 10 años corresponde a $1’326.423,45 el cual al aplicarle una tasa de reemplazo del 75% arroja una **mesada inicial para el año 2015 de $994.817,59,** suma inferior a la reconocida por el fallador de primera instancia, por lo que se modifica la decisión. Esta mesada deberá reajustarse anualmente y pagarse en 13 mesadas conforme lo tiene establecido el AL 01 del 2005.

Es necesario precisar, que el fallador de primera instancia no adjuntó la liquidación que, según su sentencia fue elaborada por parte del grupo liquidador de la Rama Judicial, para poder determinar exactamente donde estuvo su error.

Prescripción

En cuanto al tema relacionado con determinar si se debe declarar o no la excepción de prescripción, es necesario señalar que al haberse reconocido la pensión al actor a partir del 1° de enero del 2015, presentado reclamación ante Colpensiones el 30 de enero del 2015 (fol. 57) y radicado la demanda el 6 de mayo del 2015, como da cuenta el acta individual de reparto visible a folio 67, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el fallador de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo

Una vez establecido lo anterior, debe cuantificarse el retroactivo conforme lo exige el art. 283 del CGP. Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que Colpensiones adeuda al actor la suma de **$80’990.428,17** por las mesadas causadas entre el 1° de enero del 2015 y el 31 de julio del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

Retroactivo pensional entre el 1° de enero del 2015 al 31 de julio del 2020				
Año	Valor mesada	% incremento	N° mesada	Total
2015	$994.817,59	*3,66%*	13	$12.932.628,67
2016	$1.062.166,74	*6,77%*	13	$13.808.167,63
2017	$1.123.241,33	*5,75%*	13	$14.602.137,27
2018	$1.169.181,90	*4,09%*	13	$15.199.364,68
2019	$1.206.361,88	*3,18%*	13	$15.682.704,48
2020	$1.252.203,63	*3,80%*	7	$8.765.425,41
Total retroactivo				**$80'990.428,17**

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

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

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

En el presente caso, el actor solicitó el reconocimiento de su pensión el **30 de enero del 2015**, por lo que tenía hasta el 31 de mayo del 2015 para reconocer y pagar la pensión del demandante y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del **1° de junio del 2015** y hasta el momento en que se efectúe el pago, sobre cada una de las mesadas adeudadas y no desde el reconocimiento de cada mesada como lo dijo el a quo. Siendo necesario recordarle al fallador de primera instancia que en los casos en que Colpensiones aún no ha pagado las mesadas adeudadas, no es posible hacer liquidaciones provisionales de los intereses moratorios, como quiera que la norma es clara al señalar que dichos intereses se deben calcular con la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 2 de diciembre del 2019, por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de establecer la suma de $994.817,59 como valor de la mesada inicial, esto es, a 1° de enero del 2015, la cual deberá reajustarse anualmente, conforme a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada y consultada para CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al actor los intereses moratorios de que

trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del **1° de junio del 2015** y hasta el momento en que se efectúe el pago, sobre cada una de las mesadas adeudadas.

TERCERO: MODIFICAR el numeral cuarto de la sentencia apelada y consultada en el sentido de CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor la suma de **$80'990.428,17** por las mesadas causadas entre el 1° de enero del 2015 y el 31 de julio del 2020. Y deberá continuar pagando las mesadas que se sigan causando.

CUARTO: SE CONFIRMA en todo lo demás.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(Salva voto parcial intereses moratorios 6 meses)

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CLEMENCIA CALDERON***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A***
RADICACIÓN:	***16-2016-00657-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR Y COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE Y NO LE HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido y la genèrica. (fol. 64 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PROVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales. Que la demandante tomó una decisión informada y consciente y en señal de ello suscribió el formulario de afiliación. Propuso como excepciones de mérito las e prescripción, falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 121 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 5 de diciembre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones incluyendo todas las sumas que se haya recibido con ocasión y con causa de las cotizaciones efectuadas y con los correspondientes intereses y rendimientos. Condenó a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos. Condenó en costas a las demandadas. (C.D. fol. 184 Min. 1:03:07).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP. Que no basta con la firma del formulario. Que la AFP no demostró haber brindado la información requerida. Que acoge la postura de la CSJ. Que no es necesario que sea beneficiaria del régimen de transición. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 de no poder trasladarse cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder a la pensión de vejez. Que era profesional especializada por lo que tenía la capacidad de entender la asesoría que se le brindaba. Que se le brindaron las asesorías de manera verbal. Que la demandante firmó el formulario de afiliación con lo cual se demuestra que se trasladó de manera libre y voluntaria. Que la nulidad que se generó se saneó con el transcurso del tiempo, pues duró afiliada más de 20 años. Que operó el fenómeno de la prescripción.

7. Impugnación de Colpensiones. Impugnó la decisión señalando que no era necesario documentar la asesoría brindada en el año 1995. Que la demandante al absolver el interrogatorio de parte confesó que recibió la asesoría requería. Que esta inmersa en la prohibición de la Ley 100 de 1993 de no poder trasladarse cuando le falten menos de 10 años para cumplir la edad requerida para acceder a la pensión de vejez. Que no se le debe condenar en costas.

8. Alegatos Colpensiones. Que el traslado es válido pues no se probaron los vicios del consentimiento alegados por el demandante.

9. Alegatos demandante. Que no se probó que la AFP le haya bridado la información necesaria, suficiente amplia y oportuna para que pudiera tomar una decisión informada. Que la demandante cumplía con uno de los requisitos para ser beneficiaria del régimen de transición.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que las demandantes se trasladaron de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que las accionantes fueran beneficiarios del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de las demandantes y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Clemencia Calderón cotizó al ISS entre el 1° de septiembre de 1980 al 1° de marzo de 1988, conforme aparece en la historia laboral de la AFP PORVENIR (fol. 10); que aportó para la Caja de Previsión Social del Distrito del 1° de abril de 1992 al 31 de diciembre de 1995, la cual fue liquidada el 16 de septiembre del 2002 conforme al Decreto 370/2002 (fol. 22) y que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 1° de enero de 1996 conforme lo certificó la AFP (FOL. 95)

Deber de información

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

Ahora, lo que debe precisarse, es que tal y como lo ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, son las

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

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

La AFP PORVENIR S.A. no cumplió con su carga probatoria pues no demostró haber brindado la información requerida a la señora Clemencia Calderón y contrario a lo señalado por Colpensiones en su apelación la señora Calderón no confesó haber recibido dicha información al momento del traslado, pues lo único que refirió fue que les hicieron una charla general para más de 50 personas, que ella sabía que tenía un bono pensional al momento de trasladarse el cual le dijeron podía redimir cuando ella quisiera y que sabía que estaba en el régimen de transición, lo cual no es suficiente, pues nada se le dijo sobre las ventajas o las desventajas de cada uno de los regímenes, ni las consecuencias de su traslado. Y si bien es cierto para la fecha del traslado de la señora Calderón no exigía documentar la información dada, si era obligación de la AFP privada probar que brindó la información requerida al momento del traslado lo cual no hizo.

Siendo claro además que el hecho de que la señora Calderón fuera profesional especializada (arquitecta) no releva a la AFP privada de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado, pues ésta se debe brindar independientemente del grado de escolaridad con que cuente, sin que por ese solo hecho se pueda dar por sentado que conozca el tema pensional, discernimiento que en efecto si tiene la entidad financiera, quien cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlos de tomar una opción que claramente les perjudica. Siendo claro que no eran las accionantes quienes debían acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era cada una de las AFP PRIVADAS las que debían brindar la información requerida al momento del traslado.

Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones y de la AFP PORVENIR en el que señalan que **no puede aceptarse el traslado** porque a la señora Clemencia Calderón le hacen falta menos de 10 años para cumplir la edad para pensionarse, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Finalmente, se le debe indicar a la AFP PORVENIR respecto a su argumento dirigido a obtener declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la señora Clemencia Calderón haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición o tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

Respecto del tópico relacionado con demostrar que tenía una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna

frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Devolución gastos de administración, rendimientos y comisiones

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

Costas

En cuanto a la solicitud de COLPENSIONES respecto a que se le exonere del pago de costas, debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el

artículo 365 del CGP la condena en costas procede frente a la parte vencida en el proceso, máxime cuando dicha entidad se opuso a las pretensiones de la demanda.

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 5 de diciembre del 2019, por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Clemencia Calderón de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes en edictos,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***THEA VILLATE BOCCONELLO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***37-2019-00047-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda COLPENSIONES. Contestó señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la genérica. (fol. 78 y s.s.)

4. Contestación de COLFONDOS S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado obedeció al ejercicio

de la autonomía de su voluntad, el mismo fue una decisión libre y espontánea, informada y sin presiones, tal y como consta en el formulario de afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 113 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de enero del 2020, en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenar a COLFONDOS a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los bonos pensionales, rendimientos financieros e igual los costos cobrados por administración. Condenó a Colpensiones a admitir a la demandante y a recibir los dineros provenientes del RAIS. (C.D. fol. 147 Min. 46:11).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP PRIVADA. Que no demostró que había brindado la información a la demandante al momento del traslado. Que no era suficiente con la firma del formulario. Que el derecho a la declaratoria de nulidad es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES interpuso recurso de apelación argumentando que se está afectando la sostenibilidad financiera del sistema. Que a la demandante si se le brindó la información necesaria al momento del traslado y que tanto fue así que durante su vinculación realizó aportes voluntarios. Que la demandante firmó voluntariamente el formulario de afiliación.

7. Alegatos Colpensiones. Manifestó que no es posible acceder a las pretensiones de la demandante, teniendo en cuenta que se encuentra inmersa en la prohibición legal de no poder trasladarse cuando le falten menos de 10 años para pensionarse. Indicó que la demandante no puede después de 23 años alegar su propia culpa, ni su negligencia al tomar decisiones. Finalmente, dijo que no se probó que existieron vicios del consentimiento

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i)¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Thea Villate Boconello cotizó al ISS 346 semanas conforme aparece en la historia laboral expedida por Colfondos (fol. 46) y el historial de vinculaciones de ASOFONDOS (fol. 124) -no se allegó historia laboral de Colpensiones para determinar las fechas en la que estuvo vinculada a dicha entidad- y que se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. desde el 20 de agosto de 1997, conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 122) .

Deber de información

Sea lo primero indicar, que no existe discusión en esta instancia en cuanto a que es la AFP PRIVADA quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos, conforme lo tiene sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, en donde considero que son las entidades de seguridad las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de las AFP –año 1997- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probó la AFP PROTECCIÓN, pues no existe ninguna prueba dentro de los expedientes que permita establecer que las AFP PRIVADAS si le brindaron una información a las demandantes y específicamente en que consistió

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; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente

le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente les perjudica, lo cual no demostraron haber realizado.

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida el día 20 de enero del 2020, por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GUIOMAR EUGENIA GÓMEZ LÓPEZ (PROGENITORA DEL CAUSANTE)***
RADICACIÓN:	***1100131050-38-2018-00442-01***
ASUNTO:	***APELACIÒN AFP PORVENIR S.A.***
TEMA:	***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GUIOMAR EUGENIA GÓMEZ LÓPEZ en calidad de progenitora instauró demanda ordinaria contra la AFP PORVENIR S.A. con el fin de que se le reconozca y pague una pensión de sobreviviente a partir del fallecimiento de su hijo Juan Camilo Montiel Gómez.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: el 31 de octubre del 2015, falleció su hijo Juan Camilo Montiel Gómez; que el padre del causante es Alfredo de Jesús Montiel Barrios; que el causante al momento de su fallecimiento vivía con su progenitora; que no se había casado, ni tenía compañera permanente, ni hijos; que siempre vivió con ella; que fue ella quien lo sacó adelante como madre cabeza de familia; que cuando el causante cumplió los 18 años de edad y comenzó a trabajar, veía por su progenitora y su hermano menor; que solicitó el reconocimiento de la pensión de sobreviviente ante la demandada la cual le fue negada señalando que no se probaba el requisito de dependencia económica y que actualmente no se encuentra afiliada a ningún sistema de salud.

2. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante no acredita el requisito de dependencia económica. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y causa para pedir, buena fe, compensación, prescripción y la genérica. (fol. 31 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de enero del 2020, en la que el fallador de primera instancia ordenó a la AFP PROVENIR S.A.

a reconocer a la demandante la pensión de sobreviviente por el fallecimiento de su hijo a partir del 31 de octubre del 2015, en cuantía equivalente a un SMMLV. Se ordenó pagar las mesadas adeudadas de manera indexada. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a la demandada. (CD fol. 72)

Su decisión se basó en que la normatividad aplicable es la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003; que el causante dejo cotizadas 50 semanas en los 3 años anteriores al fallecimiento; que la demandante acreditó ser la progenitora del causante; que con los testimonios recaudados se logra probar la dependencia económica; que la dependencia no debe ser absoluta; que ante la devaluación monetario se le deben pagar las mesadas adeudadas de manera indexada.

4. Impugnación y límites del ad quem.

Inconforme con la anterior decisión la demandada AFP PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación argumentando que no se demostró la dependencia económica por lo que no es beneficiaria de la pensión de sobreviviente quedo causada su hijo. Que si bien la dependencia económica no debe ser absoluta si debe demostrarse la dependencia económica. Que no siempre el auxilio monetario del hijo significa dependencia económica de los padres. Que en el formulario de solicitud de pensión se señaló que el causante aportaba $600.000 para el hogar y que si él se ganaba el mínimo es imposible que aportara el 100% para el hogar que tenía con su progenitora. Que no se logra establecer exactamente de cuánto era la ayuda monetaria que daba el causante para el hogar.

5. Alegatos AFP PORVENIR. Manifestó que se opone totalmente a las pretensiones de la demanda, en la medida que durante el trámite del proceso ordinario, la demandante no acreditó los requisitos establecidos en la normatividad vigente para poder acceder a la pensión de sobreviviente deprecada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: (i) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al concluir que la demandante es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, al no estar demostrada su dependencia económica en relación con su hijo Juan Camilo Montiel Gómez?

Fallecimiento/Densidad de semanas

En el presente caso no está en discusión que, el señor Juan Camilo Montiel Gómez falleció el 15 de octubre del 2015, como da cuenta el registro civil de defunción(fol. 9) y que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, pues del reporte de semanas cotizadas en pensiones se tiene que dentro de los 3 años anteriores cotizó 131.77 semanas (fols. 43), amén que ello no fue tema del recurso de apelación.

Normatividad aplicable

Tampoco está en controversia que la normatividad aplicable para el presente caso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, atendiendo la fecha de fallecimiento del señor Montiel Gómez.

Parentesco

Igualmente, no media debate en relación a que la demandante Guiomar Eugenia Gómez López es la progenitora del causante, conforme se extrae de su registro civil de nacimiento (fol. 14 exp adtivo)▪

Pensión de sobrevivientes

Para resolver el problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante, debemos remitirnos al literal d) del art. 47 de la L. 100/93, modificado por el art. 13 de la Ley 797 del 2003, el cual señala que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes ***los padres, sí dependían económicamente del causante.***

Respecto de la norma en comento ha de rememorar la Sala que la Corte Constitucional en sentencia **C-111 de 2006**, declaró **inexequible** la frase de la norma en mención que exigía la demostración por parte de los padres de una **dependencia económica *"total y absoluta",*** al considerar que dicho requerimiento se aparta de los criterios de necesidad y de salvaguarda al mínimo existencial como condiciones reales que sirven de fundamento para legitimar el cobro de la pensión de sobrevivientes, en tanto que la norma se limita a prohibir de manera indiscriminada su reclamación, cuando se obtienen por los padres cualquier tipo de ingresos distintos a los que surgen de dicha relación prestacional, sin tener en cuenta la suficiencia o no de los mismos para asegurar una vida en condiciones dignas.

Por tanto, la Alta Corporación precisó que el juzgador debe comprobar la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los padres subsistir de manera digna, el cual debe predicarse de la situación que éstos tenían al momento del fallecimiento su hijo, siendo innegable que la dependencia económica siempre supondrá la verificación por parte de los progenitores de un criterio de necesidad, de sometimiento o sujeción al auxilio sustancial recibido del hijo, que no les permita, después de su muerte, llevar una vida digna con autosuficiencia económica.

Frente al tema, igualmente la CSJ entre otras en la sentencia **SL 1310-2019** ha señalado que la misma **no tiene que ser total y absoluta**, pues los padres pueden recibir ingresos de su propio trabajo, y precisó en la sentencia **SL 1219-2019** que, no cualquier ayuda o colaboración que se otorgue a los progenitores tiene la virtualidad de configurar la subordinación económica que se requiere para adquirir la condición de beneficiario de la pensión de sobreviviente, sino aquella que tiene la connotación de ser **relevante y preponderante para el mínimo sostenimiento de la familia**, teniendo en cuenta que la finalidad prevista por el legislador para la pensión de sobrevivientes, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos

ante la muerte de quien les colaboraba realmente a mantener unas condiciones de vida determinadas.

Conforme a lo anterior y descendiendo al caso concreto, se tiene que tal y como lo concluyó el Juzgado de primera instancia, del material probatorio obrante en el proceso, se encuentra probado que los demandantes sí dependían económicamente de su hijo, dentro del marco definido por la jurisprudencia mencionada con anterioridad.

A la anterior conclusión se arriba luego de que, los **testigos** Amalia Esperanza Vega Arangón -amiga de la demandante desde hace más de 15 años-, Adriana Gómez López -hermana de la demandante-, y Alfredo Montiel Gómez -hijo de la demandante- los cuales no fueron tachados por la contraparte, indicaran de manera unánime, espontánea y conteste, que el afiliado fallecido Juan Camilo, vivía con su madre y su hermano menor; que la progenitora nunca tuvo un trabajo formal y fijo; que estaba muy enferma, por lo que Juan Camilo tuvo que comenzar a trabajar desde muy joven; que Juan Camilo ayudaba con todos los gastos del hogar como la comida y los servicios, pues la casa en la que vivían era propia; que parte de la carga económica del hogar era asumida por Juan camilo; que Juan Camilo era el que respondía económicamente por su mamá, pues a pesar de que la demandante de manera esporádica trabajaba vendiendo cosas de revistas, vendiendo almuerzos o arreglando otros apartamentos, esto no era suficiente para asumir sus gastos económicos.

No siendo de recibo el argumento de la apoderada de la AFP PORVENIR quien señaló que no se lograba probar la dependencia económica, pues la demandante al solicitar la pensión aquí deprecada había señalado que su hijo fallecido le ayudaba con $600.000 para los gastos del hogar y que teniendo en cuenta que el causante ganaba el mínimo es imposible que aportara el 100% para los gastos del hogar, pues su argumento está basado en una simple suposición, incumpliendo con su deber legar de desvirtuar la dependencia económica, que logró probar la demandante.

Además, la apoderada pasa por alto la realidad social que viven muchas familias en el país. No es lo mismo los ingresos que pueda aportar un joven que devengue más de un salario mínimo a un hogar en el que los demás integrantes- sean sus padres o sus hermanos- también perciban algún tipo de remuneración, a lo que debe aportar un joven con un ingreso de salario mínimo a un hogar en donde ese sea el único ingreso familiar, debiendo aportar el 100% para cubrir los gastos de los miembros del grupo familiar y ayudar económicamente a su progenitora quien no contaba con un trabajo estable, quien además se encontraba enferma.

Por tanto, para la Sala es acertada la decisión del fallador de primera instancia cuando encontró probada la dependencia económica de la demandante frente a su hijo fallecido, razón por la cual se confirma el fallo apelado en su integridad.

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 enero del 2020, por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LUZ MARINA PINEDA CAMACHO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP OLD MUTUAL -AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***22-2018-00621-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP OLD MUTUAL -COLPENSIONES CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE NO HAYA SIDO APELADO Y LE SEA DESFAVORABLE)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los contratos suscritos por la demandante y las AFP privadas son plenamente válidos, pues los mismos no fueron tachados de falso y no se evidencia ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la genérica. (fol. 87 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. La AFP OLD MUTUAL S.A. contestó la demanda señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones, toda vez que el traslado de régimen se realizó fue a COLFONDOS y no a dicha entidad, por lo que no tuvo ninguna participación en el traslado de régimen. Afirma que la demandante presentó voluntariamente afiliación a COLFONDOS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, no se presentan los presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado al RPMPD, validez de la afiliación al RAIS, compensación, pago, nadie puede ir en contra de sus propios actos, ausencia de vicios del consentimiento y la genérica. (fol. 132 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. La AFP COLFONDOS contestó con oposición señalando que si le brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de RPMPD y sobre las ventajas y desventajas de cada régimen. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada y la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivo de un tercero y no puede ir en contra de sus propios actos. (fol. 195 y s.s.)

6. Fallo De Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 22 de enero del 2020, en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Ordenó a la AFP OLD MUTUAL S.A. que traslade a COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración. Condenó a Colpensiones a recibir los valores provenientes de las AFP privadas y a efectuar los ajustes en la historia laboral de la demandante. Ordenar a Colfondos a que remita los dineros recaudados por gastos de administración. Declaró no probadas las excepciones propuestas. Condenó en costas a las demandadas. (C.D. fol. 223 Min. 40:34)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP privada. Que no demostraron las demandadas que brindaron la información necesaria. Que el derecho a reclamar la ineficacia no prescribe.

7. Impugnación y límites del ad quem -AFP OLD MUTUAL S.A. La AFP OLD MUTUAL impugnó la decisión argumentando que no se debe ordenar que se devuelvan los gastos de administración, pues éstos estaban contemplados en la Ley, ni los rendimientos pues en el RPMPD no tenía derecho a ellos, pues son propios del RAIS.

8. Impugnación y límites del ad quem -COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación señalando que no se le debe condenar en costas y que la demandante en el interrogatorio de parte confesó que el RAIS funciona bajo rendimientos financieros, por lo que sabía cómo funcionaba dicho régimen. Que si se probó que se brindó la información necesaria.

9. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020) Manifiesta básicamente que teniendo en cuenta las pruebas obrantes en el expediente y la normatividad vigente al momento del traslado, no se dan los presupuestos legales para declarar la nulidad del traslado. Indicó que lo que se evidencia es que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y sin presiones gozando de plena validez, sin que se evidencia ningún vicio del consentimiento.

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

11. Alegatos AFP SKANDIA. Indicó que se le debe absolver de la devolución de todos los aportes cotizados con sus rendimientos, como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría por la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los problemas jurídicos que corresponden dilucidar a la Sala son: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la accionante?, (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita? y (vi) ¿Se debe condenar en costas a COLPENSIONES?

Ineficacia del Traslado de Régimen – No Nulidad del Traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Luz Marina Pineda, cotizó al ISS conforme aparece en el historial de vinculaciones de Asofondos (fol. 217) y que el 30 de junio de 1995 firmó la solicitud de afiliación a la AFP

COLFONDOS conforme aparece el formulario de vinculación a la AFP (fol. 218) y que posteriormente se trasladó a la AFP SKANDIA S.A. hoy AFP OLD MUTUAL conforme aparece en el formulario de afiliación (FOL42)

Deber de información

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

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

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

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

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

normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

Costas

En cuanto a la solicitud de COLPENSIONES relacionada con la exoneración del pago de costas debe señalarse que no es procedente, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP se condena en costas a la parte vencida en el proceso, máxime cuando se opuso a las pretensiones

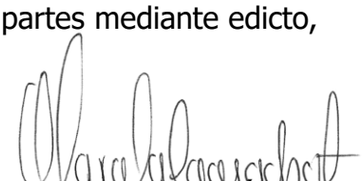
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de enero del 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

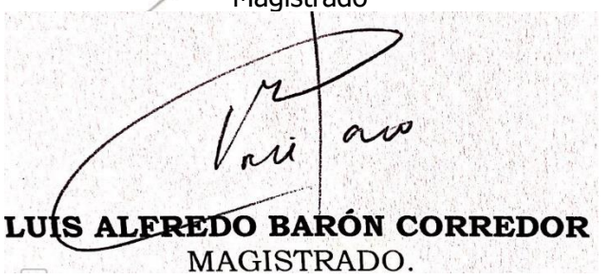
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***GERNÁN REYES RACHE***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***29-2019-00321-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR S.A.*** ***CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a que se declare la nulidad del traslado, por considerar que el demandante se encuentra válidamente afiliado al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 118 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la decisión de la demandante fue libre y consentida, prueba de esto es que firmó el formulario de afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones pretendidas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 128 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 27 de enero del 2020 en la que declaró la ineficacia de la afiliación al RAIS. Ordenó a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a Colpensiones los valores que hubiese recibido como cotizaciones y rendimientos. Ordena a Colpensiones que reciba los aportes y la active en el RPMPD. Declararan no probadas las excepciones propuestas. Sin condena en costas. (C.D. fol. 160 Min. 3:48).

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

6. Impugnación y límites del ad quem la AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión argumentando que el formulario fue firmado de manera libre y voluntaria y no fue tachado de falso. Que fue celebrado por una persona capaz. Que si dio la información requerida para el momento del traslado.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes **y se estudiará en consulta a favor de COLPENSIONES lo que le sea desfavorable.**

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de

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

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Germán Reyes Rache cotizó al ISS entre el 27 de mayo de 1987 al 31 de mayo de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 31) y que se trasladó a la AFP PORVENIR S.A. el 1° de junio de 1995 conforme lo certificó la AFP (FOL. 137)

Deber de información

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

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

Frente a la información que se debía brindar por parte de las AFP para la época en que los demandantes realizaron el traslado al RAIS –año 1995-2003- la CSJ ha señalado que debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica hacer un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no fue probado por la AFP PRIVADA dentro del presente proceso, a pesar de ser su carga probatoria.

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

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

Por tanto, las AFP sí estaban en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlas como potenciales afiliadas, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlos de tomar una opción que claramente les perjudica. Siendo claro que no era el accionante quien debía acercarse a las instalaciones de la AFP solicitando información, sino que era la AFP PRIVADA la que debía brindar la información requerida al momento del traslado. Adicionalmente, no es de recibo el argumento de Colpensiones en el que señala que **no puede aceptarse el traslado** porque al demandante le hacen falta menos de 10 años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, como quiera que no nos encontramos frente a una solicitud de traslado, sino a la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS.

Devolución de gastos de administración, rendimientos y comisiones

Para resolver el problema jurídico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración, rendimientos y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. - ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 27 de enero del 2020, por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren

en la cuenta de ahorro individual del señor Germán Reyes Rache de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CLAUDIA PILAR GRASS HOYOS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÒN S.A.***
RADICACIÓN:	***08-2018-00269-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN AFP PORVENIR S.A.*** ***CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda la AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación de la demandante tiene plena validez, puesto que no se configuró ningún vicio del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de

causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 60 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se allega ninguna prueba sumaria que fundamente la nulidad solicitada. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 100 y s.s.)

5. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda argumentando que obran medios de prueba dentro del expediente que permiten establecer que el traslado de la demandante se realizó de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 122 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 10 de diciembre del 2019, en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a Colpensiones a admitir el traslado. Condenó a la AFP PORVENIR a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses y rendimientos. Condenó a Colpensiones aceptar los valores trasladados. (C.D. fol. 97 Min. 22:48).

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

7. Impugnación y límites del ad quem. La AFP PORVENIR S.A. impugnó la decisión argumentando que la demandante firmó el formulario de manera libre y voluntaria. Que para la fecha del traslado la Ley no obligaba a guardar constancia respecto de la asesoría brindada. Que era el demandante quien debía probar que fue lo que no se le informó. Que la demandante está inmersa en la prohibición de la Ley 797 del 2003. Que operó el fenómeno de la prescripción y que no se debe cobrar los gastos de administración.

8. Alegatos AFP PORVENIR (Decreto 806 del 2020). Señaló que las omisiones que se le atribuyen particularmente la de información sobre las características del RAIS, condiciones, requisitos para acceder a las prestaciones económicas, modalidades de pensión, diferencia con el régimen de prima media, negociación del bono, entre otras se encuentran consagradas en la Ley y sus decretos reglamentarios, por lo que la demandante no puede alegar el desconocimiento de la Ley. Que no se evidencia ningún vicio del consentimiento al momento del traslado. Que al momento del traslado no existía la obligación de realizar proyecciones o estudios previos. Manifiesta que en caso de ser confirmada la sentencia debe tenerse en cuenta que los gastos de administración se descuentan en virtud de una norma vigente y se generan en ambos regímenes.

9. Alegatos de la demandante (Decreto 806 del 2020). Indica que debe tenerse en cuenta que unos de los principios que rigen en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social es el principio de favorabilidad. Que la CSJ ha sido muy enfática en establecer que la carga de la prueba está en cabeza de los fondos privados de pensiones y que el formulario de afiliación no es válido para demostrar que se cumplió con el deber de información. Que no se requiere en estos casos ser beneficiario del régimen de transición. Que los fondos privados no lograron probar que brindaron la información necesaria y suficiente al momento del traslado de la demandante al RAIS.

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

11. Alegatos AFP PROTECCIÓN S.A. Señaló que, si bien no existió condena en su contra encaminada al traslado de algún recurso a Colpensiones, es necesario que la sentencia se revoque en su integridad, teniendo en cuenta situaciones específicas como las manifestaciones realizadas por la demandante en interrogatorio de parte al indicar que su traslado de régimen pensional atendió solamente a directrices del colegio en el cual trabaja y no recibió ninguna asesoría por parte de algún asesor. Frente a la carga de prueba indicada por el juzgador de primera instancia señala que para la fecha del traslado de régimen pensional de la actora, la única obligación legal que recaía en la AFP era documentar y conservar el formulario de vinculación como prueba de la asesoría brindada, situación que se dio en el presente asunto pues dicho formulario se allegó al expediente con el escrito de contestación de demanda, documento en el que, entre otras cosas se lee la voluntad de afiliación de la demandante, por lo que cumplió Protección S.A. con la carga probatoria impuesta. Que pasó por alto el Juez de primera instancia la afirmación de la actora respecto de que su traslado de régimen se dio por instrucciones de la institución educativa para la cual trabajaba, por lo que la carga de la prueba recaía completamente sobre la parte demandante en este sentido y es claro que no se realizó ninguna gestión para hacer comparecer a la empleadora o algún testigo que permitiera establecer la veracidad de dicha afirmación, por lo que la afiliación de la actora con mi representada es completamente valida y legal.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladaron de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición o que tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿El traslado entre las diferentes AFP del RAIS sanea la ineficacia generada por la falta de información? ¿No es necesario brindar la información cuando se acredite que la afiliada es profesional? (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante; y (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del Traslado de régimen- No nulidad del Traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Claudia Pilar Grass Hoyos cotizó al ISS entre el 10 de mayo de 1985 al 30 de junio de 1989, conforme aparece en la historia laboral expedida por porvenir y que el 5 de septiembre del 2001 firmó la solicitud de afiliación a la AFP SANTANDER S.A. hoy AFP PROTECCIÓN S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 111) y que posteriormente, el 21 de octubre del 2004 se trasladó a la AFP PORVENIR conforme se evidencia en el formulario de afiliación. (fol. 64).

Carga probatoria y deber de información

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2001- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y

servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no demostraron la AFP PROTECCIÓN S.A. y la AFP PORVENIR.

Siendo necesario señalar que, si bien es cierto, para la fecha en que se efectúo el traslado de la señora Claudia Pilar Grass Hoyos no era necesario guardar documentación de la asesoría que se les brindó, no es menos cierto que, la AFP privada debía demostrar por cualquier medio probatorio que había brindado la información requerida a la demandante.

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

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

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

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

Respecto al tema relacionado con la necesidad de demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, o para que pueda aplicarse la jurisprudencia de la CSJ como lo insinúa el apoderado de la AFP PORVENIR dentro del expediente 19-2017-00447-01, es necesario señalarle que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019, que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse,** señalando que ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones, pues como ya se dijo, lo que importa son las circunstancias en que se hizo el ofrecimiento al actor, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la

información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

Traslado entre diferentes AFP del RAIS

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de los demandantes de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir las AFP PRIVADAS de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo

restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

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

Excepción de prescripción

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

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

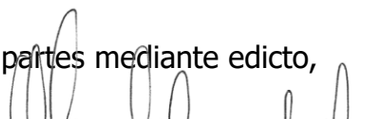
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de diciembre del 2019, por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que la señora Claudia Pilar Grass Hoyos estuvo afiliado a dicha entidad, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO. - CONFIRMAR todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

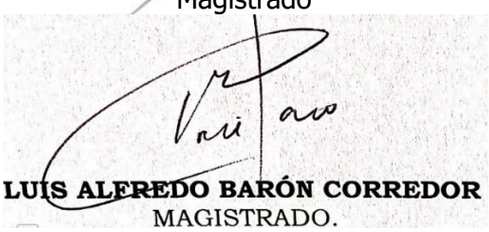
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JOSÉ GUSTAVO BAYONA BELTRÁN***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***1100131050-05-2019-00170-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***PENSIÓN DE VEJEZ DECRETO 758 DE 1990***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Gustavo Bayona Beltrán instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, con el fin de que se declare que es beneficiario del régimen de transición y que cumple con los requisitos establecidos en el Decreto 758 de 1990. Como consecuencia, se le reconozca y pague una pensión de vejez a partir de la fecha en que cumpla requisitos, junto con las mesadas de junio y diciembre, los reajustes de ley, los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 1 y s.s.)

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: nació el 3 de octubre de 1954, por lo que cumplió los 60 años en el 2014; que comenzó a cotizar como trabajador dependiente el 6 de noviembre de 1978 y que siempre ha cotizado al Seguro Social; que cotizó 1010 semanas en toda su vida laboral; que solicitó corrección de su historia la laboral en varias oportunidades; que Colpensiones realizó unas correcciones, pero que aún se presentan las siguientes inconsistencias: (i) de marzo de 1996 a enero de 1997, se encuentra "pago aplicado a períodos anteriores"; (ii) de abril de 1997 a noviembre de 1997, aparece "ciclo doble" y (iii) de marzo de 1998 a enero de 1999,, aparece "pago aplicado de períodos anteriores"; que mediante la Resolución SUB N° 264740 del 23 de noviembre del 2017, Colpensiones le negó el reconocimiento de la pensión deprecada y que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 57), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta señalando que se opone a las pretensiones de la demanda, toda vez que el demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición. Y que no cumple con los requisitos para acceder a una pensión de vejez. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para

demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (fols. 58 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de enero del 2020, en la que el fallador de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 80 Min. 2:59).

Su decisión se basó en que el actor no es beneficiario del régimen de transición, pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no contaba ni con 40 años de edad, ni con 15 años de servicio. Que la normatividad que le es aplicable es la Ley 797 del 2003 la cual exige 1300 semanas; sin embargo, el actor no cumple con ese requisito, señalando que así se le habilitaran todas las semanas que pretende en la demanda, sólo alcanza a cotizar 876.16 semanas.

5. Alegatos Colpensiones. Solicita se confirme la sentencia pues el demandante no acredita los requisitos necesarios para ser beneficiario del régimen de transición y así reconocerle la pensión con a 049 de 1990.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los problemas jurídicos que centra la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Se deben habilitar las semanas pretendidas en la demanda?; (ii) ¿El actor es beneficiario del régimen de transición? (iii) ¿Se cumple con los requisitos para acceder a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990? Y (iv) ¿Se debe condenar al pago de intereses moratorios y/o a la indexación de las mesadas adeudadas?

Habilitación de semanas

Respecto al problema jurídico tendiente a establecer si se deben habilitar las semanas pretendidas, debemos remitirnos a la postura establecida por la Corte Constitucional en sentencia T-190 del 2018, en donde se señala que dicha Corporación ha establecido en varias oportunidades que la falta de pago de aportes a la seguridad social por parte del empleador no constituye motivo suficiente para negar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que se reclama y en la cual además se cita la Sentencia T- 726 de 2013, reiterando que dado que la Ley 100 de 1993 otorga distintos mecanismos para que las administradoras de pensiones efectúen los cobros correspondientes, incluso coactivamente, con el objeto de preservar la integridad de los aportes, se entiende que la negligencia en el uso de dichas facultades, no puede servir de excusa para negar el reconocimiento y pago de una pensión, puesto que tal actitud equivaldría a imputar al trabajador las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones legales del empleador y la correlativa falta de acción de la entidad encargada del cobro de los aporte. Criterio que también es acogido por la CSJ, entre otras en la sentencia SL 5166-2017.

Conforme a lo anterior, se pasa a revisar la historia laboral del actor, allegada dentro del expediente administrativo fol. 74, frente a la cual se debe decir lo siguiente:

- En relación a los ciclos de **marzo de 1996 a enero de 1997** que solicita sean habilitados en su demanda, debe señalarse lo siguiente:

  (i) En los ciclos de **marzo del 1996, agosto del 1996**, **noviembre del 1996 a enero de 1997,** aparecen contabilizadas "0" semanas bajo la observación "Pago

aplicados a períodos anteriores" los cuales registraban deuda presunta, por lo que acertó el a quo al ordenar habilitar estas semanas. (21.65 semanas)

(ii) En los ciclos de **abril de 1996 a julio de 1996,** los cuales registran "0" semanas bajo la anotación "ciclo doble" también deben habilitarse estas semanas como quiera que revisada la historia laboral no se observa que existan semanas simultaneas para este período. (17.32 semanas)

- En cuanto a los ciclos de **abril de 1997 a noviembre de 1997,** los cuales se observa fueron pagados por el empleador "Refrescos y gaseosas bonny Ltda" que registran la observación "ciclo doble", deben ser contabilizados, como quiera que las semanas que registra simultáneas y por las cuales no se contabilizan tiene la observación "Deuda presunta, pago aplicado de períodos posteriores" y corresponden al mismo empleador "Refrescos y gaseosas bonny ltda" y por tanto, no existe tal deuda como quiera que se pago la cotización. (34.64 semanas)

- Frente al ciclo de marzo de 1998 a enero de 1999, se observa en la historia laboral lo siguiente:

(i) El ciclo de **marzo de 1998** (4.33 semanas), debe ser habilitado pues registra la anotación "ciclo doble", sin embargo, no aparece ninguna semana simultánea la cual haya sido contabilizada en la historia laboral.

(ii) Los ciclos de **abril, agosto y diciembre de 1998,** no se habilitan como quiera que aparecen con la observación "pago aplicado a períodos anteriores" por los que ya fueron contabilizados

(iii) Los ciclos de **mayo, junio y julio de 1998 y, enero y febrero de 1999** (21.65 semanas)**,** deben ser habilitados pues fueron retirados de la historia laboral sin ninguna justificación, siendo claro, conforme lo tiene sentado la Corte Constitucional en la sentencia T-343 del 2014, que el deber de custodia, conservación y guarda de la información concerniente al Sistema de Seguridad Social Integral está a cargo de las entidades administradoras de fondos de pensiones, sin excepción, pues en su cabeza se encuentra el manejo de las base datos contentivas de la información que comprende la historia laboral de los afiliados, debiendo garantizar el adecuado manejo y conservación de los datos correspondientes a aquellos, a tal punto que puedan entrar a responder por una determinada prestación económica, cuando no aporten los elementos de juicio suficientes que justifiquen un cambio brusco en dicha información, o que simplemente no justifique su pérdida total, o parcial y, en general, su deterioro.

Régimen de Transición.

Encuentra la Sala al igual que el fallador de primera instancia, que el señor Bayona Beltrán no es beneficiario del régimen de transición consagrado en el art. 36 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad siendo hombre, sino únicamente con 39 años, pues nació el 3 de octubre de 1954, tal y como aparece en la fotocopia de su cédula visible a folio 5. Tampoco cuenta con el requisito de 15 años de servicio, pues para esa fecha sólo había cotizado 327.13 semanas que equivalen a 8 años y 10 meses.

Por tanto, su pensión debe ser estudiada bajo los parámetros del art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 del 2003.

Pensión de vejez

Respecto al problema jurídico relacionado con establecer si el actor cumple con los requisitos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificada por el artículo 9° de la Ley 797 del 2003, debemos recordar que dicha normatividad exige a partir del 2014, que es necesario acreditar por parte de los hombres el cumplimiento de 62 años de edad; requisito que cumplió el señor Bayona Beltrán el 3 de octubre del 2016, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1954.

Para la mencionada data la norma exige haber cotizado 1300 semanas, requisito que no cumple el actor, pues en toda su vida laboral únicamente logró cotizar 870.3 semanas, incluyendo las 99.59 semanas que se habilitaron.

Por tanto, es claro para la Sala que acertó el fallador de primera instancia al absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, como quiera que el demandante no cuenta con las semanas requeridas para acceder a la pensión de vejez deprecada. Virtud de lo dicho se confirmará la sentencia de primera instancia en su integridad.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero del 2020 por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CONSTANZA MARÍA OSORIO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***1100131050-23-2017-00309-01***
ASUNTO:	***CONSULTA DEMANDANTE***
TEMA:	***INTERESES MORATORIOS ART. 141 DE LA LEY 100 DE 1993***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CONSTANZA MARÍA OSORIO MEJÍA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se **condene** a COLPENSIONES al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 1° de noviembre de 2013, generado por la mora en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez esto es, sobre las mesadas dejadas de cancelar entre el 1° de noviembre de 2013 y septiembre de 2014, junto con la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso incluidas agencias en derecho (fl. 3).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: el 13 de noviembre de 2013 solicitó ante COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, la cual se le otorgó mediante Resolución GNR 304342 del 1° de septiembre de 2014, de conformidad con el Decreto 758 de 1990 en cuantía de $3.702.116 a partir del 1° de noviembre de 2013, generándose un retroactivo pensional de $36.786.244. Finalmente, refiere que el 3 de mayo de 2017 solicitó ante la accionada el reconocimiento de los intereses moratorios, los cuales le fueron negados con la Resolución SUB 65230 del 15 de mayo de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 23); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda, en la que se opuso a las pretensiones argumentando que los intereses moratorios sólo proceden por la mora en el pago de las mesadas pensionales. En cuanto a los hechos, no le constan en su totalidad. Propuso como excepciones de fondo las de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación y compensación. (fls. 25 a 31)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de febrero de 2018 (CD – fl. 57), en la que el fallador de primera instancia **condenó** a pagar a la demandante los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 13 de marzo de 2014 y hasta el 30 de septiembre de la misma anualidad, respecto del retroactivo reconocido mediante Resolución GNR 304342 del 1° de septiembre de 2014, en la suma de $3.739.681, más las costas del proceso.

Su decisión se basó en que la demandante elevó reclamación a COLPENSIONES el 13 de noviembre de 2013, siendo reconocida la prestación económica solamente hasta el 1° de septiembre de 2014, mediante la expedición de la resolución GNR 304342 del 1° de septiembre de 2014, existiendo mora en el reconocimiento pensional, al sobrepasar los tiempos determinados en la norma para tal fin, por lo que se ordenará el reconocimiento de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 13 de marzo de 2014 esto es, a los 4 meses siguientes de radicada la solicitud de pensión ante la entidad, respecto del retroactivo pensional reconocido en la aludida Resolución y hasta el 30 de septiembre de 2014, fecha en la que se efectuó el pago del mencionado retroactivo.

5. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020). El apoderado manifestó que la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 conforme lo solicitado en la demanda.

6. Alegatos Colpensiones. Solicita se revoque la sentencia mediante la cual se reconocieron intereses moratorios como quiera que la pensión de la demandante no fue con sujeción de la ley 100 sino del acuerdo 049 de 1990

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Intereses moratorios art. 141 de la Ley 100 de 1993

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

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

En el presente caso, aparece probado que a la señora Constanza María Osorio Mejía se le reconoció una pensión de vejez bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990, por ser beneficiario del régimen de transición a partir del 1º de noviembre del 2013, en cuantía inicial de $3'702.116.

Al revisar el expediente, encuentra la Sala que la demandante le solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez el **13 de noviembre del 2013**, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de 4 meses que tenía para resolver la solicitud, es decir, que tenía hasta el 13 de marzo del 2014 y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios desde el **14 de marzo del 2014,** teniendo en cuenta que el fallador de primera había condenado al pago de los intereses moratorios desde el 13 de marzo del 2014 se modifica su decisión.

Y se condena al pago de dichos intereses hasta el 30 de septiembre del 2014, como quiera que en la Resolución GNR 304342 del 1º de septiembre del 2014, aparece que fue incluida en nómina en el ciclo de septiembre del 2014, pues si bien es cierto, en dicha Resolución se señala que el retroactivo incluido en la nómina de septiembre del 2014, será pagado en octubre del 2014, lo cierto es que la demandante, siendo quien tenía la carga probatoria de demostrar exactamente qué día le habían pagado el retroactivo, no lo probó, por lo que se tomará pagado el 1º día del mes de octubre del 2014.

En consecuencia, se condena al pago de **intereses moratorios desde el 14 de marzo del 2014 al 30 de septiembre del 2014.**

Prescripción

Teniendo en cuenta que Colpensiones reconoció al actor la pensión de vejez mediante la Resolución GNR 304342 del 1º de septiembre del 2014 y que presentó la reclamación el 3 de mayo del 2017 y que radicó la demanda el 9 de junio del 2017, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el a quo al declarar no probada la excepción de prescripción.

Cuantificación del retroactivo

Una vez realizadas las operaciones aritméticas de conformidad con el art. 283 del CGP encuentra la Sala que Colpensiones adeuda al actor la suma de $4'276.849,32 por concepto de intereses moratorios; sin embargo, teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia calculó los intereses moratorios en la suma de **$3'739.681** suma inferior a la aquí establecida y que se está conociendo el proceso en consulta en favor de Colpensiones a quien no se le puede hacer más gravosa su situación, se deja incólume la suma señalada en primera instancia. No siendo posible especificar en que se equivocó exactamente el a quo como quiera que no aportó la liquidación para la correspondiente revisión.

Tabla liquidación intereses moratorios

mesadas causadas	Fecha inicial	fecha Final	Número de días en mora	Interés moratorio anual	Tasa de interés de mora diario	Capital	Subtotal
RETROACTIVO HASTA FEBRERO DEL 2014	14/03/2014	30/09/2014	200	29,00%	0,0698	$18.654.216,00	$2.604.128,55
mar-14	01/04/2014	30/09/2014	182	29,00%	0,0698	$3.773.934,00	$479.425,48
abr-14	01/05/2014	30/09/2014	152	29,00%	0,0698	$3.773.934,00	$400.399,30
may-14	01/06/2014	30/09/2014	121	29,00%	0,0698	$3.773.934,00	$318.738,92
jun-14	01/07/2014	30/09/2014	91	29,00%	0,0698	$3.773.934,00	$239.712,74
jul-14	01/08/2014	30/09/2014	60	29,00%	0,0698	$3.773.934,00	$158.052,36
ago-14	01/09/2014	30/09/2014	29	29,00%	0,0698	$3.773.934,00	$76.391,97
Total intereses moratorios							$4.276.849,32

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 20 de febrero del 2018 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar los intereses moratorios a partir del 14 de marzo del 2014.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.
(Salva voto)

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARTHA RHUZMIRA CAMACHO GÓMEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***12-2018-00555-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a la AFP

PORVENIR S.A. y no se probó error, fuerza o dolo en la afiliación. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe. (fol. 68 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de la demandante no se hizo en contra de ninguna prohibición legal, por el contrario, fue un acto de vinculación libre de vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, inexistencia de algún vicio del consentimiento, debida asesoría del fondo y la genérica (fol. 91 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 10 de febrero del 2020 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar los saldos, aportes y rendimientos. Condenó a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos. Sin condena en costas a las demandadas. (C.D. fol. 123 Min. 27:07).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP. Que no basta con la firma del formulario. Que la AFP no demostró haber brindado la información requerida. Que acoge la postura de la CSJ. Que no es necesario que sea beneficiaria del régimen de transición. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem de la AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión argumentando que no se configuran vicios del consentimiento y que si brindo la asesoría requerida.

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

8. Alegatos demandante. Afirma que quedo demostrado dentro del expediente que el fondo demandado omitió su deber de información. Que se debe acoger las posturas de la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que los accionantes se trasladaron de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la

accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; y (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante; (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Cotizaciones pensionales / Traslado de Régimen

Que la señora Martha Rhuzmira Camacho Gómez cotizó al ISS entre el 1° de julio de 1997 y el 30 de septiembre del 2001, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 22) y que se trasladó a la AFP PORVENIR el 11 de octubre del 2001 conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 98) traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de diciembre del 2001 conforme lo certificó dicha entidad (fol. 97).

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no hizo AFP PORVENIR, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que se le brindó la información requerida a la señora Martha Rhuzmira Camacho Gómez al momento del traslado al RAIS.

No existe probanza alguna que dé cuenta que se le haya informado a la demandante sobre las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención precedentemente, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema

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

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

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

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

Respecto del tópico relacionado con demostrar la calidad de beneficiario del **régimen de transición** o tener una expectativa legitima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, debe decirse que no le asiste razón ni a la AFP PORVENIR, ni a Colpensiones dentro del proceso 24-2018-00592-01 al señalar que no se puede aplicar la jurisprudencia de la CSJ pues los demandantes no son beneficiarios del régimen de transición o no tienen una expectativa legitima, como quiera que nuestra CSJ tiene sentado entre otras en la sentencia SL 2955-2019 que para que proceda la ineficacia deprecada **no se exige**

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

Devolución gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de febrero del 2020 por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de, **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Martha Rhuzmira Camacho Gómez de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

SEGUNDO. - CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***DORA LIGIA PINTO SUSA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.***
RADICACIÓN:	***08-2019-00052-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA PORVENIR CONSULTA COLPENSIONES***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la

demanda argumentando que se le brindó a la demandante la información acorde con las disposiciones legales. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligación, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 52 y s.s.)

4. Contestación de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que dentro del expediente aparece suficiente prueba documental que conlleva a determinar que el traslado efectuado por la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 85 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia de 14 de febrero del 2020 en la que declaró la nulidad y/o ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PORVENIR S.A. a devolver todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos intereses y rendimientos. (C.D. fol. 137 Min. 3:50).

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria es de la AFP. Que no basta con la firma del formulario. Que la AFP no demostró haber brindado la información requerida. Que acoge la postura de la CSJ. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

6. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES. Impugnó la decisión argumentando que con el formulario se demuestra que sí se le brindó la asesoría requerida. Que la demandante no probó la falta de información, ni el vicio del consentimiento. Que para la época del traslado no era necesario documental cuál era la información brindada, ni hacer simulaciones.

7. Alegatos demandante. Indicó que, de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo de pensiones no logró acreditar que en efecto hubiese cumplido con su deber profesional y legal de brindar una adecuada asesoría a la demandante; siendo claro que la jurisprudencia de la H. CSJ ha sido reiterativa en el sentido de señalar que este deber ha estado siempre en cabeza de los fondos de pensiones desde su creación. Solicita se de aplicación al precedente judicial de la CSJ.

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

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

de COLPENSIONES lo que no haya apelado y le sea desfavorable dentro de dichos expedientes.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quien tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que los accionantes se trasladaron de régimen?; (iii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iv) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición o que tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (v) ¿El traslado entre las diferentes AFP del RAIS sanea la ineficacia generada por la falta de información o ésta no es necesario brindarla cuando se acredite que el afiliado es profesional? (vi) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de los demandantes?; y (viii) ¿Si la acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del procesos que la señora Dora Ligia Pinto Susa cotizó al ISS entre el 15 de abril de 1980 al 30 de junio de 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 21) y que se trasladó a la AFP PORVENIR el 22 de abril de 1994 conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol. 20) traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de mayo de 1994 conforme lo certificó dicha entidad (fol. 61).

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma recae en las AFP no en la demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al **deber de información** expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**,

teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no hizo la AFP PORVENIR, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que se le brindó la información requerida a la señora Dora Ligia Pinto Suárez al momento del traslado al RAIS.

Siendo necesario señalarque, si bien es cierto, para la fecha en que se efectúo el traslado de la señora Dora Ligia Pinto Suárez no era necesario guardar documentación de la asesoría que se les brindó, lo cierto es que la AFP privada debía demostrar por cualquier medio probatorio que había brindado la información requerida a los demandantes.

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

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

Por tanto, se reitera que la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a los demandantes una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlos como potenciales afiliados, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlos de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Traslado entre diferentes AFP del RAIS

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero del 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído**.**

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes en estrados,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***CARLOS EUGENIO TORRADO FLOREZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES –AFP PORVENIR S.A.- AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***19-2017-00447-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA AFP PORVENIR – AFP PROTECCIÒN- COLPENSIONES – MINISTERIO PÚBLICO***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

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

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Contestó con oposición señalando que el demandante presentó su solicitud cuando ya le faltaban menos de 10 años para adquirir su estatus de pensionado, encontrándose así en la prohibición establecida en la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 70 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación que realizó el demandante es válida y no se hizo en contra de ninguna prohibición legal, ni mucho menos contiene vicios del consentimiento. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 99 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación y que ni siquiera establece la naturaleza de la nulidad que pretende. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y compensación. (fol. 122 y s.s.)

Mediante auto del 31 de octubre del 2018 el fallado de primera instancia de manera oficiosa vinculo a la UGPP (fol. 181)

6. Contestación de la UGPP. Se le dio por no contestada la demanda mediante auto del 26 de marzo del 2019 y se ordenó oficiar al Ministerio Público. (fol. 189 y s.s.)

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de diciembre del 2019 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Declaró vinculado válidamente al demandante al RPMPD administrado por Colpensiones. Ordenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones, sin poder descontar los gastos de administración. (C.D. fol. 247 Min.)

Como sustento de su decisión indicó que la carga probatoria era de la AFP privada que no probó haber brindado la información requerida al demandante. Que el derecho a reclamar la ineficacia es imprescriptible.

8. Impugnación y límites del ad quem de la AFP PORVENIR. Impugnó la decisión argumentando que sí cumplió con brindar la información al demandante. Que se deben valorar todas las pruebas. Que no se dan los presupuestos jurisprudenciales. Que el demandante confesó en el IP haber recibido la debida asesoría. Que se traslado dos veces dentro del RAIS. Que no era necesario hacer una simulación.

9. Impugnación de la AFP PROTECCIÓN. Inconforme con la decisión interpuso recurso de apelación la decisión en cuanto a los gastos de administración pues ambas partes deben asumir las consecuencias de la ineficacia.

10. Impugnación de COLPENSIONES. Presentó recurso de apelación la decisión argumentando que el traslado se realizó con plena voluntad del demandante, por lo que firmó el formulario. Que no puede trasladarse pues se encuentra dentro de la prohibición de la Ley 797 del 2003. Que se afecta la sostenibilidad financiera.

11. Alegatos UGPP (Decreto 806 del 2020). Manifestó que debe tenerse en cuenta que la selección de cualquiera de los regímenes es decisión única y exclusiva de los afiliados. Que dicha entidad es ajena totalmente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo el traslado de régimen. Que se encuentra que la afiliación al RAIS fue firmada por el demandante con lo cual se prueba su decisión libre

y voluntaria de trasladarse al RAIS. Que no existen elementos de juicio para entrever un actuar negligente y/o revestido de mala fe de los fondos de pensiones.

12. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Señaló que de acuerdo a la normatividad vigente para la fecha del traslado la aceptación espontánea, expresa y libre de un afiliado se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación. Que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado.

13. Alegatos demandante. Solicita se confirme el fallo impugnado teniendo en cuenta la amplía jurisprudencia de la CSJ.

14. Alegatos AFP PROTECCIÓN S.A. Indicó que las Administradoras de Fondos de Pensiones se encuentran plenamente facultadas para realizar el cobro por concepto de gastos de administración a sus afiliados, como un valor que se percibe en atención a la debida gestión de los aportes que se realizan durante el periodo de tiempo en que la persona se encuentra afiliada a un respectivo Fondo. Que no hay razón por la cual el juez de primera instancia haya condenado al traslado de los gastos de administración, ya que se trata de una suma que debe ser asumida por el actor, como consecuencia de la ineficacia adoptada en sentencia judicial.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el demandante fuera beneficiario del régimen de transición o que tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿El traslado entre las diferentes AFP del RAIS sanea la ineficacia generada por la falta de información o ésta no es necesario brindarla cuando se acredite que el afiliado es profesional (v) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración y comisiones?; (vi) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de los demandantes?; y (vii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del Traslado de régimen – no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo

ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Carlos Eugenio Torrado Flórez cotizó a Cajanal entre el 18 de enero de 1982 al 31 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por PORVENIR (fol. 30) y que el 29 de diciembre de 1994 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 106), que posteriormente se trasladó el 23 de diciembre de 1998 a la AFP COLPATRIA (fol. 107), y que finalmente, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN el 1° de junio del 2001 (fol. 133), conforme aparece en los diferentes formularios de afiliación..

Carga probatoria y deber de información

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1994- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, es decir, implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado, lo cual no probaron la AFP PROTECCIÓN S.A. ni la AFP PORVENIR S.A., como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna

prueba dentro del proceso que permita inferir que se le brindó la información requerida al señor Carlos Eugenio Torrado Flórez al momento en que se trasladó al RAIS. Y es que no es cierto que el actor haya confesado al absolver el interrogatorio de parte que se le brindó la información requerida, pues si bien el señor Torrado Flórez manifestó que al momento del traslado de régimen se le informó sobre los beneficios del RAIS, que iba a tener rendimientos y que podía solicitar la devolución de saldos, lo cierto es que no se probó que se le haya informado sobre las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención precedentemente, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema.

Siendo claro además que el hecho de que el señor Torrado sea abogado no releva a la AFP privada de su obligación de brindarle la información exigida al momento del traslado, pues ello debe ocurrir independientemente del grado de escolaridad con que cuente el potencial afiliado. Por el hecho de su profesión no se puede dar por sentado que conozca de manera profunda el tema pensional, discernimiento que en efecto si tiene la entidad financiera, quien cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

También resulta necesario señalar que si bien es cierto es cierto para la fecha en que se efectúo el traslado del señor Carlos Eugenio Torrado Flórez no era necesario guardar documentación de la asesoría que se les brindó, no es menos cierto que, la AFP privada debía demostrar por cualquier medio probatorio que había brindado la información requerida al demandante.

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

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

Por tanto, se reitera que la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlos

como potenciales afiliados, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlos de tomar una opción que claramente les perjudica.

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, tener un derecho adquirido o una expectativa legítima

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

Traslado entre las diferentes AFP del RAIS

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

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

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

administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación a Colpensiones

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

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 13 de diciembre del 2019 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **ORDENAR** a la AFP PORVENIR que traslade a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de gastos de administración y comisiones durante el tiempo que el señor Carlos Eugenio Torrado Flórez estuvo afiliado a dicha entidad, los cuales debe asumir de sus propias utilidades, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO.- CONFIRMAR todo lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***RAYFE HOSMAN PORRAS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÒN S.A.-AFP COLFONDOS S.A.***
RADICACIÓN:	***16-2018-00302-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN COLPENSIONES*** ***CONSULTA COLPENSIONES (LO QUE LE SEA DESFAVORABLE Y NO LE HAYA SIDO APELADO)***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

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

3. Contestación de la demanda de Colpensiones. Colpensiones contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado lo realizó de manera voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 113 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda argumentando que capacita debidamente a sus asesores comerciales para que estos entreguen toda la información requerida a los potenciales clientes sobre las características, ventajas y desventajas y le hicieran la comparación al RPMPD lo cual le permitiera tomar una decisión libre y voluntaria. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a Colmena hoy Protección, buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 171 y s.s.)

5. Contestación de la AFP COLFONDOS. La AFP COLFONDOS S.A. contestó la demanda argumentando que sí le brindó una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y la genérica. (fol. 186 y s.s.)

6. **Fallo De Primera Instancia**. Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de febrero del 2020 en la que declaró la ineficacia del traslado al RAIS. Condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A. a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones incluyendo todas las sumas que se haya recibido con ocasión y con causa de las cotizaciones efectuadas y con los correspondientes intereses y rendimientos. Condenó a Colpensiones a recepcionar la totalidad de los recursos. absolvió a Colfondos de las pretensiones de la demanda. Condenó en costas a protección s.a. (C.D. fol. 223 Min. 59:56).

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

7. Impugnación y límites del ad quem Colpensiones. Impugnó la decisión argumentando que la demandante no tenía una expectativa legítima. Que la demandante confesó en el IP haber recibido la información necesaria y saber cómo era el funcionamiento del RAIS y del RPMPD. Que no se le debe

condenar al pago de costas. Que para no generarle un detrimento se debe ordenar que las AFP privadas le trasladen los dineros descontados por gastos de administración.

8. Alegatos demandante. Indicó que las administradoras no demostraron haber cumplido con la totalidad de sus obligaciones lo cual afecta la validez del acto jurídico del traslado, al violar el deber de información al momento del traslado. Finalmente, cita jurisprudencia de la CSJ.

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

10. Alegatos AFP Colfondos. Solicita se absuelva de la devolución de todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos como quiera que tanto el pago de la prima previsional, el cobro de asesoría para la contratación de renta vitalicia y la comisión por el manejo de aportes obligatorios son de consagración legal, por lo que pide se declare las excepciones de fondo propuestas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que las demandantes se trasladaron de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que las accionantes fueran beneficiarios del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por Gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de las demandantes y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrito?

Ineficacia del traslado de régimen – no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que Rayfe Hosman Porras, cotizó al ISS entre el 3 de marzo de 1987 al 25 de mayo de 1990, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 106) y que el 13 de diciembre del 2001 firmó la solicitud de afiliación a la AFP COLFONDOS S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación (Fol.203) y que posteriormente, se trasladó al 12 de diciembre del 2012 conforme aparece en el formulario de vinculación a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN S.A. (fol. 47)

Deber de información

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

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

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

La AFP COFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. no cumplieron con la carga probatoria, pues contrario a lo señalado por Colpensiones en su apelación no se logró demostrar que las AFP privadas al momento del traslado al RAIS le hayan brindado la información necesaria a la señora Rayfe Hosman Porras, ni mucho menos que la demandante en su interrogatorio parte haya confesado haber recibido la información requerida, pues al escuchar su declaración a minuto 30:44 la señora Rayfe señala que únicamente el asesor le informó que el ISS se iba acabar; que se les dio una asesoría general y lo que le dijeron fue que se pensionarían sin tener en cuenta la edad y las semanas como en el RPMPD sino que lo importante era el monto de dinero que tuvieran y que sí hacían más aportes su pensión iba a ser más alta; lo cual no es suficiente, pues nada se le dijo sobre las ventajas o las desventajas de cada uno de los regímenes, ni las consecuencias de su traslado y demás aspectos antes enunciados.

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

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

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

Necesidad de ser beneficiaria del régimen de transición, tener un derecho adquirido o expectativa legítima

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

Devolución de gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 6 de febrero del 2020 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la señora Rayfe Hosman Porras de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, **sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades.**

Así mismo, se ordena que la **AFP COLFONDOS S.A**. traslade a Colpensiones todos los dineros descontados de la cuenta individual de la señora Rayfe Hosman Porras durante el tiempo que estuvo afiliada a dicha entidad, **por concepto de**

gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir de sus propias utilidades

SEGUNDO.- CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO.- SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LUZ CARIME AGUDELO***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-32-2016-00479-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***PENSIÓN ANTICIPADA DE VEJEZ POR DEFICIENCIA***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA como apoderada sustituta de COPLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LUZ CARIME AGUDELO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare la nulidad del dictamen proferido el 12 de febrero de 2014, en relación con su fecha de estructuración, y en su lugar, se establezca que la misma corresponde al 1º de febrero de 2006; asimismo, se declare que le asiste el derecho al reconocimiento y pago de una pensión de invalidez, desde la última fecha en mención, junto con la indexación y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita se declare que le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión establecida en el parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003, a partir del 1º de febrero de 2006, junto con la indexación y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación fols. 910 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 24 de noviembre de 1959, motivo por el cual cumplió 56 años el mismo día y mes del año 2015; cotizó al régimen de prima media con prestación definida entre 1978 y el 2006, un total de 945,57 semanas; en su historia laboral existen distintos ciclos de cotización con reporte en cero semanas; a partir del año 2004 comenzó a presentar exagerados dolores de cabeza y alteraciones en su comportamiento, al punto que incurrió en malos tratos hacia los demás, reía sin motivo alguno, inventaba historias y se deprimía sin ninguna razón, por

lo cual fue despedida de su trabajo en el mes de julio de 2006; a pesar de consultar al médico en diversas ocasiones, no fue posible determinar el origen real de su enfermedad, de manera que se le prescribió equivocadamente tratamiento psiquiátrico, y solo hasta el 27 de agosto de 2009, se le diagnosticó Meningioma de la Hoz, Masa 150 densa de 50*70 MM alojado en su cerebro, para lo cual se le ordenó intervención quirúrgica, que se llevó cabo el 14 de abril de 2010; Colpensiones emitió dictamen de PCL el 30 de agosto de 2013, en el cual le determinó una pérdida de capacidad laboral del 69,45%, con fecha de estructuración 10 de abril de 2010, respecto del que no promovió ningún recurso; la demandada no reconoció a su favor la pensión de invalidez aduciendo que no cuenta con las semanas mínimas para el efecto, a pesar de haber corregido su historia laboral, decisión que fue confirmada al ser resuelto el recurso de apelación propuesto; los ciclos de cotización comprendidos entre el 1º y 31 de julio de 1995, así como entre el 1º de agosto y el 31 de agosto de 1995 se reportan cero en su historia laboral; el ciclo 1º al 31 de octubre de 2001, solo da cuenta de 1,4 semanas de cotización y el del 11 de febrero de 1985 al 21 de septiembre de 1988, no reporta ningún aporte; prestó sus servicios a favor de Alcaro Abogados Asociados Ltda. entre el 27 de febrero de 2001 y el 10 de mayo de 2004, no obstante, en su historia laboral solo se reportan aportes desde el 1º de octubre de 2001.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 914), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el dictamen de pérdida de capacidad laboral proferido por la entidad se encuentra en firme y no fue objeto de nuevo estudio, en la medida que la accionante dentro de los 10 días siguientes a su notificación no formuló recurso alguno.

Por otro lado, señaló que la demandante no cuenta con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, tal y como lo exige la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 860 de 2003, normas aplicables al caso conforme a la fecha de estructuración definido en el dictamen de calificación.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia de intereses moratorios, inexistencia del derecho reclamado, compensación y la genérica. (fols. 918 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de febrero del 2019, en la cual el Juzgado declaró probada la excepción de inexistencia del derecho reclamado en lo que respecta a la pensión de invalidez y no probadas las demás excepciones; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez contemplada en el artículo 9º parágrafo 4º de la Ley 797 de 2003, a partir del 24 de noviembre de 2014, por 13 mesadas pensionales al año, en valor de un salario mínimo legal mensual vigente; condenó a la demandada a reconocer y pagar la suma de $39.269.048, a título de retroactivo pensional causado entre el 24 de noviembre de 2014 y el 31 de enero de 2019, el cual deberá reconocerse debidamente indexado a la fecha de pago; absolvió a Colpensiones de las demás pretensiones incoadas en su contra y le condenó en costas. (C.D. fol. 1058 Min. 23:45).

Como sustento de su decisión indicó que, del dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez por orden del Juzgado, se tiene que dicho organismo determinó una pérdida de capacidad laboral de la actora del 69,70% con fecha de estructuración 14 de julio de 2010, la cual se sustentó en la data en que a la actora le fue practicada

intervención quirúrgica, en tanto que para la junta allí se objetiva la invalidez y la causa de la misma.

Agregó que el médico ponente, quien compareció ante el Juzgado para efectos de la contradicción del dictamen, precisó que en éste se estableció como fecha de estructuración el 14 de julio de 2010, a razón de un error mecanográfico, pues la fecha de la cirugía de la demandante en verdad tuvo lugar el 14 de abril de 2010; además, aclaró que si bien la actora presentó sintomatología relacionada con problemas del comportamiento, lo cierto es que no existió un diagnóstico de tumor cerebral hasta el año 2010, de manera que la fecha de estructuración se corresponde con el máximo de mejoría posible frente a las patologías de la actora, lo cual efectivamente se corrobora en la historia clínica.

Así las cosas, concluyó el Juzgado que aun cuando los síntomas de alteración del comportamiento de la demandante se presentaron desde el año 2004, en todo caso ésta trabajó hasta el año 2006, de manera que no es procedente tener como fecha de estructuración la anualidad en la que aparecieron dichos síntomas, no existiendo razón para modificar la fecha definida por Colpensiones y la Junta Nacional de calificación de Invalidez. Por tanto, dijo que la actora no tiene derecho a la pensión de invalidez que reclama, en la medida que no cuenta con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, precisó que la demandante presenta una pérdida de capacidad laboral del 69,45% y tiene 55 años de edad desde el año 2014, cumpliendo con 2 de los requisitos establecidos en el parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003; además indicó que si bien la actora reporta 948,72 semanas de cotización, debe considerarse un día adicional para el mes de noviembre de 2002, en tanto que su empleador Alcaro Abogados Asociados en Liquidación cotizó 30 días, pero solo se le sumaron 29, sumado a que para el mes de enero de 2004 solo se contabilizaron 7, cuando se cotizaron 30, por lo que también deben considerarse 23 días adicionales, que equivalen a 3,43 semanas; igualmente, dijo que deben adicionarse 49,89 semanas con el empleador Nacional Provivienda Cenaprop, en tanto obra certificación que da cuenta que la demandante laboró a favor esta empresa entre el 1º de febrero de 1993 y 30 de septiembre de 1999, para un total de 344,14 semanas, no obstante solo se reportan 294,25.

Conforme a ello, señaló que la demandante acredita un total de 1002 semanas siendo merecedora de la pensión anticipada de vejez por deficiencia desde el 24 de noviembre de 2014 fecha en que verificó 55 años, prestación que asciende a un salario mínimo legal mensual vigente y deberá pagarse por 13 mesadas al año, precisando además que no se encuentra probada la excepción de prescripción.

5. Alegatos demandante. Manifestó que, conforme a las pruebas obrantes en el proceso, es claro que su PCL se estructuró desde el año 2004. Igualmente, precisó que cumple con las condiciones para ser merecedora de una pensión de "invalidez", en tanto que cuenta con una deficiencia del 50%, 55 años de edad y 1000 semanas de cotización.

6. Alegatos Colpensiones. Indicó que la sentencia de primera instancia debe ser revocada, en tanto que la actora no cuenta con 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez, como tampoco demuestra el requisito de fidelidad al sistema requerido por la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, en lo que le haya sido desfavorable de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en determinar: (i) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al considerar en el conteo de semanas cotizadas, aquellas que refirió en relación con los empleadores Alcaro Abogados Ltda. en Liquidación y Central Nacional Provivienda Cenaprov? Y (ii) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer a favor de la actora la pensión de vejez anticipada por deficiencia en los términos del parágrafo 4º del artículo 9º de la Ley 797 de 2003?

De la invalidez

No existe discusión en cuanto a que la actora presenta una pérdida de capacidad laboral del 69,45%, con fecha de estructuración 14 de abril de 2010, por enfermedad de origen común, siendo el porcentaje de deficiencia equivalente al 40%, conforme se observa del dictamen de fecha 30 de agosto de 2013, proferido por Colpensiones (fols. 889 y s.s.), respecto del cual, si bien se propuso la nulidad en relación con la fecha de estructuración, lo cierto es que el Juzgado no accedió a dicha pretensión.

Al no haberse formulado recurso de apelación por la parte demandante frente a este tópico, dicha decisión se encuentra en firme.

De la mora constatada por el juzgado en relación con los empleadores Alcaro Abogados Ltda. en Liquidación y Central Nacional Provivienda Cenaprov

Al respecto se advierte que, conforme a lo indicado por la parte actora en los hechos de la demanda, el Juzgado de primera instancia analizó la existencia de una mora patronal por parte de las empresas Alcaro Abogados Ltda. en Liquidación y Central Nacional Provivienda CENAPROV, encontrando en relación con la primera de ellas que, deben incluirse en el conteo de semanas cotizadas por la parte actora, 24 días adicionales, en tanto que no fue considerado 1 día del ciclo noviembre de 2002 y 23 días del ciclo enero de 2004, para un total de 3,43 semanas. Igualmente, frente al empleador Central Nacional Provivienda CENNAPROV, indicó que deben sumarse un total de 49,89 semanas.

Sobre el asunto relacionado con la mora del empleador debe recordarse lo que la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado, entre otras, en la sentencia SL12453-2015, a saber: "… *la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha enseñado que el trabajador afiliado no puede asumir las consecuencias adversas de la omisión de un empleador que no hizo el pago oportuno de las cotizaciones que estaba obligado a sufragar, por cuanto las entidades administradoras de pensiones, como el Instituto de Seguros Sociales, cuentan con mecanismos legales para exigir el pago de tales aportes y no es el afiliado quien debe soportar las consecuencias adversas de tal incumplimiento. Lo anterior porque, como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las entidades administradoras de los regímenes pensionales promover las acciones de cobro por incumplimiento de las obligaciones del empleador. En esa dirección, el artículo 8 del Decreto 1161 de 1994, prevé que las administradoras están en la obligación de verificar la conformidad de los montos aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, lo que se refuerza con lo establecido en el artículo 53 de la referida ley y lo preceptuado en el Decreto 2633 de 1994, sobre el término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso ejecutivo.*"

Conforme a lo anterior, no merece ninguna duda que en el caso sometido a estudio de la Colegiatura resulta procedente la consideración de los períodos indicados por el Juzgado, pues en lo que se refiere al empleador Alcaro Abogados Asociados Ltda. en

Liquidación, se observa certificación laboral y autoliquidación mensual de aportes al Sistema de Seguridad Social Integral (fols. 950 y s.s.), de los cuales se tiene que la actora laboró para dicha sociedad, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 22 de noviembre de 2001 hasta el 15 de mayo de 2004.

De las documentales en mención se advierte que, la empresa en mención cotizó a favor de la actora para los meses de noviembre de 2002 y enero de 2004, 30 días para cada período (fols. 964 y 987), no obstante, en su historia laboral solo se reportan 29 y 7 respectivamente (fols. 931 y s.s.), por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al considerar de manera adicional 24 días que equivalen a 3,43 semanas, pues respecto de los ciclos anotados ni siquiera se advierte mora por parte del empleador, y en todo caso, si la hubo por un pago tardío, ello debió ser solventado por la entidad demandada mediante las acciones de cobro que la ley ha dispuesto para el efecto.

En lo que se refiere al empleador Central Nacional Provivienda CENAPROV, se observa certificación laboral a folio 994, en la que se señala que la demandante trabajó para dicha empresa entre el 1º de febrero de 1993 y el 30 de septiembre de 1999, siéndole efectuados los aportes al sistema de seguridad social y parafiscales exigidos por la ley.

Y es que si bien, la parte actora no hizo ningún reclamo en la demanda por el período en mención, entiende la Sala que el Juzgado en virtud de sus facultades ultra y extra petita, adicionó los períodos que no encontró cotizados en la historia laboral, posición que comparte esta Colegiatura, como quiera que en la demanda existe un hecho claro en el que se indica que en su historia laboral aparecen varios períodos con registro de semanas en cero (fol. 910), lo cual en efecto se constata en dicha documental, pues nótese que aun cuando CENAPROV afilió a la demandante al Sistema General de Pensiones desde el 1º de febrero de 1993, esto es, desde el inicio de la relación laboral, se abstuvo de realizar aportes en junio de 1995 y desde agosto de 1995 hasta febrero de 1996 como se constata a folio 931, sin que se observe una novedad de retiro, sumado a que para el mes de mayo y julio de 1995 se reporta deuda presunta y no se contabilizan los 30 días para cada mes.

Igualmente se tiene que, si bien los meses de agosto y septiembre de 1999 no se consignan en la historia laboral, éstos debieron ser cobrados por la encartada, en tanto se encontraba vigente la relación laboral y no obra novedad de retiro para el ciclo julio de 1999; luego, igualmente debe ser considerados todos los períodos mencionados con el empleador CENAPROV, los cuales corresponden a 49,85 semanas de cotización.

De la pensión anticipada de vejez por deficiencia

En punto al problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante a la pensión de vejez anticipada por deficiencia, cumple recordar que dicha prestación se encuentra establecida en el parágrafo 4° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, norma que exige como requisitos para su causación, 55 años de edad para hombres y mujeres, 1000 semanas o más de cotización y una deficiencia física, síquica o sensorial del 50% o más.

Respecto a este último requisito, la Corte Constitucional en sentencia T-007 de 2009, indicó que cuando una deficiencia recibe el porcentaje máximo establecido en el Decreto 917 de 1999, es decir el 50%, debe entenderse, para efectos de establecer si una persona tiene derecho a la pensión anticipada de vejez, que fue calificada con el 100%. En consecuencia, si en el contexto de la calificación de la invalidez, a la deficiencia de una persona se le asigna un porcentaje de 25 o más, quiere decirse con ello que reúne

la condición exigida en la norma en mención, de contar con una deficiencia igual o superior al 50%.

Descendiendo al caso objeto de estudio, una vez analizada la prueba documental obrante en el proceso, se advierte que la demandante acredita los requisitos mencionados para ser merecedora de la prestación referida, en tanto que, conforme a su dictamen de calificación de invalidez presenta una deficiencia superior al 50% (40%); además, acredita 55 años de edad desde el 24 de noviembre de 2014, como se deduce de la copia de su cédula de ciudadanía (fol. 15), y cuenta con 1002 semanas que resultan de sumar 948,72 reflejadas en la historia laboral allegada por Colpensiones (fols. 931 y s.s.) con las 53,28 adicionadas en este proceso.

Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la pensión anticipada de vejez por deficiencia a favor de la demandante, desde el 24 de noviembre de 2014, fecha en que cumplió la edad de 55 años como último requisito para consolidar el derecho, de manera que no resultan atendibles los argumentos presentados por la demandada en sus alegatos de conclusión, los cuales además se enfocan en una prestación diferente a la aquí estudiada.

Dicha prestación procede por 13 mesadas al año y en cuantía inicial de un salario mínimo legal mensual vigente, pues así lo definió el Juzgado, y como quiera que ello no fue objeto de alzada, no puede la Sala modificar dicha decisión en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

Prescripción

Como quiera que la prestación se causa desde el 24 de noviembre de 2014, y la demanda fue formulada el 22 de agosto de 2016, como se observa del acta de reparto (fol. 908), es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el Juzgado de primera instancia al declarar no probada la excepción de prescripción.

Retroactivo

De conformidad con el art. 283 del CGP la Sala ha de actualizar la condena impuesta, encontrando una vez realizadas las operaciones aritméticas que la demandada adeuda a la demandante la suma de **$55.371.794**, por las mesadas causadas entre el **24 de noviembre de 2014 y el 31 de julio de 2020.** Y deberá pagar las mesadas que se causen hasta la inclusión en nómina de la prestación.

RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 24 DE NOVIEMBRE DE 2014 Y EL 30 DE JUNIO DE 2020			
AÑO	**VALOR MESADA**	**NO. DE MESADAS**	**SUBTOTAL**
2014	$616.000,00	2,233333333	$1.375.733,33
2015	$644.350,00	13	$8.376.550,00
2016	$689.455,00	13	$8.962.915,00
2017	$737.717,00	13	$9.590.321,00
2018	$781.242,00	13	$10.156.146,00
2019	$828.116,00	13	$10.765.508,00
2020	$877.803,00	7	$6.144.621,00
		Total	$55.371.794,33

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria, las mesadas pensionales adeudadas deben ser indexadas desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta la fecha en que se efectúe su pago, tal y como lo ordenó el Juzgado de primera instancia.

No se liquida en concreto por cuanto el índice a aplicar en la fecha final, corresponde al vigente para la fecha en que se efectúe el pago.

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

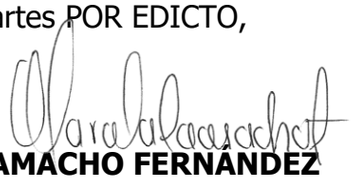
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 4 de febrero del 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, en el sentido de condenar a la demandada a reconocer y pagar a favor de la actora el retroactivo pensional causado entre el 24 de noviembre de 2014 y el 31 de julio de 2020, el cual asciende a $55.371.794, y deberá cancelarse de manera indexada desde que cada una de las mesadas pensionales se hizo exigible hasta la fecha en que se efectúe el pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes POR EDICTO,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***ANA ISABEL MARTÍNEZ PEDRAZA***
DEMANDADO: ***ECOPETROL S.A.***
RADICACIÓN: ***11001-31050-16-2017-00073-02***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA ABSOLUTORIA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANA ISABEL MARTÍNEZ PEDRAZA instauró demanda ordinaria contra ECOPETROL S.A. con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de su pensión en un 82% del último salario devengado, así como al pago de la mesada 14, en consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar la prestación y pagar las diferencias pensionales, junto con la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 43 y s.s.; subsanación fols. 54 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 26 de mayo de 1956; ingresó a trabajar a la demandada en el mes de octubre de 1989 como temporal; a partir del 4 de enero de 1996 la relación laboral se empezó a regir por un contrato de trabajo a término indefinido; inicialmente desempeñó el cargo de servicios generales; posteriormente, fue ascendida al cargo de conmutador y desde el 4 de mayo de 2000 ocupó el cargo de secretaria dentro de la Nómina Directiva, devengando como último salario la suma de $4.291.180; perteneció a la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petróleo USO; el régimen salarial y prestacional de Ecopetrol se rige por la Convención Colectiva de Trabajo, Acuerdo 01 de 1977 conocido como Plan 70 y en su defecto por el Código Sustantivo del Trabajo, para aquellos que ingresaron antes de 1978; Ecopetrol y la USO suscribieron una Convención Colectiva de Trabajo con vigencia julio de

2014 julio de 2018, en la cual se estableció una pensión especial de jubilación, en su artículo 106, parágrafo 3º se estableció que la empresa aumentará el monto de la misma en un 2.5%, por cada año que el trabajador haya servido superior a 20 años; trabajó 23 años 3 meses y 9 días de manera discontinua; la demandada le reconoció pensión mediante Resolución DSC-002 del 2 de febrero de 2015, en valor de $2.872.592, por 13 mesadas al año, la cual fue liquidada con base en un salario promedio del último año de servicios de $3.830.123 y una tasa de reemplazo del 75%; para el 10 de julio de 2010 acreditó un total de 20 años 9 meses y 18 días, además acredita un total de tiempo de servicios de 23 años 3 meses y 9 días; su vinculación laboral, terminó el 6 de marzo de 2015.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 65); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de ECOPETROL. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la actora en vigencia del régimen exceptuado de la empresa en materia de pensiones no alcanzó a consolidar años adicionales a los primeros 20, pues al 31 de julio de 2010, acreditó la edad de 54 años y 18 años, 9 meses y 15 días de servicios. Que la empresa solo puede reconocer derechos que se hayan consolidado durante la vigencia de su régimen exceptuado, en la medida que éste expiró el 31 de julio de 2010 por virtud del Acto Legislativo 001 de 2005, de modo que si el trabajador continuó laborando después de esa fecha, solo puede acceder a los derechos que se encontraran dentro de su patrimonio antes de la expiración del citado régimen. Que el Acto Legislativo 001 de 2005, estableció que las personas que consoliden su derecho pensional a la entrada en vigencia de dicha reforma constitucional, solo tendrán derecho a percibir 13 mesadas al año. Propuso como excepciones de fondo las de falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fols. 68 y s.s.).

4. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de julio de 2019, en la cual el Juzgado absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la parte actora, declaró probadas las excepciones de falta de causa e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido y condenó en costas a la actora. (C.D. fol. 164 Min.23:16).

Como sustento de su decisión indicó que a partir de la vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, no es posible establecer en pactos, convenciones colectivas, o laudos, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en el Sistema General de Pensiones, precisando que, en todo caso esas condiciones expiraron el 31 de julio de 2010. Que la demandante pretende la reliquidación de su pensión conforme al artículo 106 de la Convención Colectiva 2014-2018, el cual establece un monto adicional de un 2.5% por cada año de servicio que supere los primeros 20. Que si bien la actora al 31 de julio de 2010, contaba con 50 años de edad y 20 años y 9 meses de servicios, lo cierto es que no fue aportada la Convención Colectiva vigente a dicha fecha, pues la que fue allegada con la demanda y en la que se sustentan las pretensiones tiene vigencia entre el 1º de julio de 2014 y el 30 de julio de 2018, precisando que la concesión de

derechos en materia pensional, distintos a los consagrados en la ley quedaron abolidos a partir del 31 de julio de 2010. Que no fue demostrado que los términos del articulo 106 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018, hubieren sido pactados igualmente antes del 31 de julio de 2010, pues conforme al CST se requiere el texto de la Convención con su correspondiente constancia de depósito. Que en gracia de discusión, al 31 de julio de 2010 la demandante no alcanzó a causar años de servicios adicionales para obtener un incremento del 82% en su pensión. Que tampoco tiene derecho a la mesada 14, en tanto a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 su mesada era superior a 3 SMLMV.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, argumentando que el juez laboral como garante de los derechos de los trabajadores, en su momento debió requerir la Convención Colectiva de Trabajo, la cual en efecto hubiera sido allegada por la parte actora. Que la demandada nunca negó la vigencia del Acuerdo 01 de 1978, antes bien, en el hecho cuarto de la demanda se dijo que el régimen salarial y prestacional de Ecopetrol S.A. se rige por dicho Acuerdo, conocido como Plan 70 y en su defecto por el Código Sustantivo del Trabajo, para aquellos trabajadores que ingresaron antes de 1.978, frente a lo cual la encartada contestó que era cierto, siendo claro que acepta que la parte actora es beneficiaria del mismo, al haber ingresado a través de contratos temporales antes de la fecha en mención, como se constata de las certificaciones laborales obrantes en el proceso. Que adicionalmente, al 31 de julio de 2010 contaba con más de 20 años de servicios, de manera que a dicha data ya tenía consolidada su pensión y por ende se trataba de un derecho adquirido, motivo por el cual se le debe respetar su derecho a acceder a la reliquidación pensional, máxime que en la contestación de la demanda no se alega que la Convención Colectiva no fue allegada con la respectiva constancia de depósito, sumado a que se acepta la existencia del Acuerdo 01 de 1977 y que al 31 de julio de 2010 contaba con 18 años 9 meses y 14 días. (CD fol. 164 min. 44.19)

6. Alegatos Ecopetrol. Manifestó que la empresa para la pensión de jubilación liquida con el equivalente al 75% del promedio de los salarios devengados en el último año de servicio, de conformidad con las normas internas y legales vigentes en la época. Asimismo, dijo respecto al ajuste del 2.5% adicional al 75% base de liquidación de la pensión, que el actor en vigencia del régimen exceptuado de Ecopetrol en materia de pensiones no alcanzó a consolidar años adicionales a los primeros 20 años, es decir, al 31 de julio de 2010, acreditó la edad de 54 años y 18 años 9 meses y 15 días de servicio, de manera que como el régimen exceptuado de Ecopetrol expiró, por disposición del acto legislativo 01 de 2005, el 31 de julio de 2010, la empresa sólo puede reconocer los derechos que se hayan consolidado durante su vigencia, de modo que si el trabajador continuó laborando después de esa fecha, sólo puede acceder a los derechos que se encontraran dentro de su patrimonio antes de la expiración del citado régimen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el **siguiente problema jurídico:** (i) ¿Si es procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida por la actora en un 82% del salario devengado en el último año de servicios conforme a la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Ecopetrol y la USO?

Calidad de pensionada

Sea lo primero indicar que mediante Resolución DSC-002 del 2 de febrero de 2015, ECOPETROL reconoció una pensión de jubilación a favor de la actora, en los términos del artículo 260 del CST, por acreditar más de 50 años edad y 20 años, 9 meses y 18 días de servicios en dicha entidad y en empleadores privados al 31 de julio de 2010, la cual fue concedida a partir del 7 de marzo de 2015, en cuantía inicial de $2.872.592, por 13 mesadas al año (fols. 6 y s.s.).

Dicha prestación fue reliquidada mediante Resolución DSC 009 del 30 de marzo de 2015, en cuantía de $2.898.681, a partir del 7 de marzo de 2015 (fols. 109 y s.s.).

Reliquidación pensional

En punto al problema jurídico relacionado con la reliquidación de la pensión de la actora, con base en una tasa de reemplazo del 82%, observa la Sala que dicha pretensión se sustenta en el parágrafo 3º del artículo 106 de la Convención Colectiva de Trabajo 2014-2018, suscrita entre Ecopetrol y la Unión Sindical Obrera de la Industria del Petrolero USO, tal y como lo indica la parte actora en el denominado hecho 21 de la demanda. (fol. 46).

Dicha Convención Colectiva de Trabajo si bien no fue allegada al plenario con la respectiva constancia de depósito como lo exige el artículo 469 del CST, lo cierto es que en el presente caso la demandada no planteó controversia alguna sobre la existencia de la mentada clausula convencional, pues nótese que en el hecho 9º de la demanda la parte actora indicó que *"ECOPETROL S.A. y la USO suscribieron una convención colectiva de trabajo con vigencia contada a partir de julio de 2014 hasta julio de 2018. En dicho documento, se estipuló una pensión especial de jubilación en el artículo 106."*; además, en el hecho 10º indicó que *"El parágrafo 3 del artículo 106 de la convención colectiva de trabajo de julio de 2014, expresa, que la empresa aumentará el monto de esta pensión en un 2.5%, por cada año que el trabajador haya servido a la empresa, por encima de los 20 años"* , frente a lo cual la demandada claramente indicó en su contestación que eran ciertos dichos presupuestos fácticos (fol. 132).

No obstante, ha de destacar la Sala que dicha disposición convencional no puede tener ningún efecto en el presente caso, dado que como la misma demandante

lo aduce, ésta fue pactada para la vigencia 1º de julio de 2014 a 1º de julio de 2018, esto es, para cuando ya se encontraba en vigor la prohibición de estipular condiciones pensionales diferentes a las establecidas en el Sistema General de Pensiones.

Recuérdese que conforme al parágrafo 2º del Acto Legislativo 001 del 2005, a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, esto es, 29 de julio de 2005, no podrán establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones, de suerte que la cláusula convencional sobre la cual se soportan las pretensiones de la demanda, no puede ser considerada en el *examine*, en tanto fue pactada mucho mas allá de la entrada en vigor de la reforma constitucional.

Ahora bien, no desconoce la Sala que conforme a la sentencia SL1286-2018, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral indicó que el Acto Legislativo 001 del 2005 dispuso un período transitorio para no afectar los derechos adquiridos y las expectativas legítimas de las partes respecto a la estabilidad de lo previamente acordado.

Por tanto, se estipuló en su parágrafo transitorio 3° que las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, **se mantendrán por el término inicialmente estipulado**. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. Y que **en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010.**

De la interpretación dada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a dicho período transitorio, en la sentencia SL1286-2018, que reitera las sentencias SL 31000, 31 enero 2007, SL 30077, 23 enero 2009, SL 39797, 24 abril 2012, SL1409-2015 y SL4963-2016, se pueden extraer dos reglas, a saber:

1) Aquellos acuerdos colectivos o reglas pensionales que sean negociadas por primera vez antes de la vigencia del Acto Legislativo y cuya fecha de finalización sea ulterior al momento en que cobró vigor dicha norma, regirán hasta cuando finalicé el *"término inicialmente pactado"*, conforme a la expresión que se consagra en esa disposición constitucional. De esta manera, el constituyente delegado respeta y da plenos efectos a los compromisos y términos expresamente acordados por las partes, en ejercicio de sus derechos a la negociación colectiva, que no puede ser desconocido de manera unilateral por una disposición jurídica.

2) En el evento de que la convención haya sido objeto de sucesivas prórrogas conforme a lo consagrado en el artículo 478 del Código Sustantivo del Trabajo**, las reglas pensionales subsisten hasta el 31 de julio de 2010**, fecha fijada como límite a la continuidad de los beneficios pensionales extralegales, pues en este caso la renovación de los acuerdos se produce por ministerio de

la Ley y no por voluntad de las partes, de suerte que por expreso mandato constitucional se establece una fecha límite en relación con la vigencia de esos beneficios.

La interpretación jurisprudencial adoptada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, es justamente la que asume la Corte Constitucional en la sentencia de unificación SU-555 del 2014, en la cual además, se precisa que ello coindice con lo recomendado por el Comité de Libertad Sindical en relación con el respeto de los derechos adquiridos y las expectativas legítimas, pues ello se encuentra garantizado por el Acto Legislativo 01 de 2005, en tanto, establece una regla para derechos adquiridos y también una regla de transición para garantizar que se satisfagan las expectativas legítimas de pensión.

No obstante, en el caso de marras como lo advirtió el *a quo*, no fue allegada Convención Colectiva de Trabajo alguna que cumpliere las condiciones anotadas y que también hubiere estipulado la pensión especial establecida en el artículo 106 de la Convención 2014-2018, cuya existencia, contrario a lo afirmado por la parte apelante, nunca fue aceptada por la demandada.

Nótese que en los hechos de la demanda la parte actora nunca planteó que la cláusula sobre la cual edifica sus pretensiones, también estuvo vigente antes del 31 de julio de 2010, a través de otro texto convencional, luego, la demandada no podía aceptar un hecho inexistente.

Y aunque en el hecho cuarto de la demanda se indicó que el *"régimen salarial y prestacional de Ecopetrol S.A., se rige por la convención colectiva de trabajo, acuerdo 01 de 1977 (conocido como plan 70) y en su defecto por el código sustantivo del trabajo, para aquellos trabajadores que ingresaron antes de 1978"*, su aceptación por parte de la encartada en la contestación de la demanda (fol. 131 vuelto), de ninguna manera puede interpretarse como una aceptación de la existencia de un texto convencional igual a la cláusula 106 de la Convención 2014-2018, antes del 31 de julio de 2010, pues el hecho en mención no lo expresa en su literalidad.

Así las cosas, para efectos de analizar si la demandante al 31 de julio de 2010, tenía derecho a la liquidación de su pensión con base en un 82% del salario promedio del último salario, se debió allegar el texto convencional vigente para la época a efecto de verificar que consagrara dicho derecho.

No obstante, la actora no demostró que la regla en la que sustenta la reliquidación pensional estaba vigente antes del 31 de julio de 2010, lo cual era su carga en virtud del artículo 167 del actual Código General del Proceso, antes 177 del Código de Procedimiento Civil –aplicable a las causas judiciales del trabajo y de la seguridad social, acorde con lo dispone el artículo 145 del estatuto de la materia-, que exige a las partes *"probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que persiguen."*

Y es que, aunque el Juzgador puede decretar pruebas de oficio, como lo establece el artículo 54 del CPT y de la S.S., ello corresponde a una facultad que

no está llamada a suplir las cargas probatorias de cada una de las partes, y que en el presente caso la activa no cumplió.

Por lo anterior, no es procedente acceder a la reliquidación pensional deprecada en la demanda como se indica en los alegatos de conclusión presentados por la accionada, por lo cual, la Sala habrá de confirmar la decisión de primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio de 2019 por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***JOSEFINA CLAVIJO DE BARBOSA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-18-2017-00535-02***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSEFINA CLAVIJO DE BARBOSA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, con el fin de que se dejen sin valor y efecto las Resoluciones GNR 252573 del 2016 y GNR 58007 del 2017, y se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes en un 100%, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge el señor José Armando Barbosa; en consecuencia, se condene al pago de la prestación desde el 17 de junio de 2016, junto con el retroactivo pensional, la indexación, los intereses moratorios, lo que se pruebe ultra y extra petita y las costas del proceso (fols. 2 y s.s.; subsanación 40 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: contrajo matrimonio con el señor José Armando Barbosa, el 10 de agosto de 1963, con quien hizo vida marital permanente, continua, ininterrumpida y singular hasta el fallecimiento de su cónyuge el 17 de junio de 2016; su esposo fue pensionado por el entonces ISS mediante Resolución 15173 del 1º de enero de 2003; durante la vigencia de su comunidad vida procrearon 3 hijos; en el año 2012 debió radicarse en EEUU, lo cual en todo caso no desdibujó la comunidad de vida permanente y singular que existía con el causante, en tanto el socorro mutuo, el ánimo de pertenencia y de unidad nunca cesó; mediante escritura pública del 1º de noviembre de 2016, se llevó a cabo la sucesión y liquidación de la sociedad conyugal existente con el causante; mediante Resolución GNR 252573 de 2016, Colpensiones reconoció la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de su cónyuge a favor de la señora Luz Doris Ruíz en calidad de compañera permanente, en un 100%, esto es, en valor de $853.626; no obstante, en auto del 8 de noviembre de 2016, la encartada indicó que es la actora quien tiene derecho a la pensión de sobrevivientes, y es por ello, que solicitó a la señora Luz Dary

Ruíz autorización a fin de revocar el acto administrativo de reconocimiento pensional; mediante Resolución GNR 58007 del 2017, negó el reconocimiento de la prestación de sobrevivientes a su favor en calidad de cónyuge, en tanto la señora Ruiz no aportó autorización para revocar el acto administrativo que le concedió el derecho; la señora Doris Ruíz no convivió con el causante ni fue miembro de su grupo familiar.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 47 a 49); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el reconocimiento efectuado a favor de la compañera se encuentra dentro de los parámetros establecidos por el articulo 13 de la Ley 797 de 2003, amén que no se demostró convivencia dentro de los 5 años anteriores al fallecimiento entre el causante y la cónyuge. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 50 y s.s.; subsanación fols. 78 y s.s.).

4. Contestación de la señora LUZ DORIS RUIZ en calidad de litisconsorcio necesario. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no hizo relación conyugal con su finado esposo desde el año 2003, pues ella vivía en otro país, y aunque esporádicamente venía a Colombia, las actividades que realizaba no tenían que ver con el rol de cónyuge. Que convivió por 10 años con el causante hasta la fecha de su muerte. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe y la genérica. (fols. 85 y s.s.; subsanación fols. 118 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de febrero de 2020, en la cual el Juzgado condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional a partir de la ejecutoria de la sentencia, a favor de la señora Josefina Clavijo de Barbosa en porcentaje del 89,59% y a la señora Luz Doris Ruíz en porcentaje del 10,41% de la prestación que le fuere reconocida al causante, cuyas sumas adeudadas deberán reconocerse de manera indexada al momento del pago; absolvió a la accionada de las demás pretensiones formuladas por la parte actora, declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a Colpensiones a favor de la señora Josefina Clavijo de Barbosa. (CD fol. 156 min. 03:00).

Como sustento de su decisión indicó que conforme a la fecha de deceso del pensionado fallecido la norma aplicable es la Ley 797 de 2003. Que conforme a la norma en mención y lo definido por la CSJ, la ley le otorga el derecho a la cónyuge separada de hecho, a concurrir con la compañera permanente en el reconocimiento de la pensión en proporción al tiempo de convivencia, siempre que éste no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo, precisando que en el caso de la compañera ese tiempo sí debe ser anterior a la fecha del fallecimiento. Que de las pruebas recaudadas en el proceso se tiene que la actora acreditó su vínculo matrimonial y 5 años de convivencia con el causante en cualquier tiempo, pues éste se extendió desde el 10 de agosto de 1963 hasta el año 2012, para un total de 48 años 4 meses y un día. Que la señora Doris Ruíz en calidad de compañera permanente, igualmente convivió con el causante desde el año 2006 hasta el 17 de junio de 2016, fecha de su deceso. Que la prestación debe ser reconocida de manera proporcional al tiempo de convivencia al ser ésta simultanea,

por tanto, la actora en calidad de cónyuge es merecedora del 89,59% de la pensión solicitada, igualmente, la señora Doris Ruíz tiene derecho al 10,41% de la prestación en calidad de compañera permanente. Que como Colpensiones ha venido pagando el 100% del derecho reclamado a favor de la señora Doris a partir de la fecha del deceso del causante, la prestación debe ser reconocida en los términos anotados desde la ejecutoria de la sentencia, en tanto los pagos realizados a favor de la compañera del causante lo han sido de buena fe, además, una decisión contraria implicaría un doble pago a cargo de la demandada. Que no puede exigirse a la señora Luz Doris Ruíz la devolución de los dineros recibidos, en tanto solo a partir de la sentencia se esclareció la titularidad del derecho. Que tampoco proceden los intereses moratorios, en la medida que solo hasta la sentencia se definieron los beneficiarios de la prestación, sin embargo, procede la indexación de las sumas adeudadas a la parte actora.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, argumentando que entre la demandante Josefina Clavijo y el causante existió un vinculo matrimonial y una convivencia que se prolongó hasta la fecha del fallecimiento. Que si bien existió una separación física, no se desdibujó la comunidad de vida, pues siempre perduró el ánimo de unidad, pertenencia mutua y afecto matrimonial. Que entre Doris y el causante no existió una unión marital por más de 5 años con anterioridad al fallecimiento. Que el Juzgado no valoró que Colpensiones puso en conocimiento a la señora Luz Doris Ruiz, la existencia de la demandante mediante el Auto APGNR 348 del 8 de noviembre de 2016, en el que además la demandada dijo que la señora Doris había actuado de mala fe. Que de las declaraciones extra juicio rendidas por Algemiro Nuñez Quiroga, Malquisedec Ríos Velandia, Gilma Rocío Romero Guzmán e Ibse Liliana Gonzñalez Ramírez, así como del testimonio rendido por el señor Henry Alcizar Castillo Rivera, aportados al proceso por la litisconsorte, se tiene que ésta convivió con el causante menos de 5 años, lo cual también se corrobora de la confesión de ella cuando afirmó que la convivencia con el pensionado lo fue desde el 2011. Que el Juzgado concluyó de manera equivocada la existencia de una convivencia simultánea y desconoció el precedente de la CSJ, según el cual la convivencia puede mantenerse aun en la separación en situaciones de fuerza mayor, exigencias laborales o imperativos legales o económicos. Que si bien entre la demandante y su cónyuge fallecido existió una separación física, ello obedeció a circunstancias de fuerza mayor, y para velar por el cuidado de una hija en común de la pareja, no pudiendo el Juzgado concluir que desde el 2012 hubo una ruptura del vínculo, pues ambos tenían la intención de mantener los lazos afectivos. Que la señora Doris no actuó de buena fe y es por ello que la prestación no debe reconocerse desde la ejecutoria de la sentencia, sino a partir de la fecha del fallecimiento (C.D. fol. 156 Min. 48:01).

Por su parte, la señora **Luz Doris Ruíz en calidad de litisconsorcio necesario** interpuso recurso de apelación, argumentando que no hubo una adecuada valoración de las pruebas recaudadas en el proceso, en la medida que la compañera permanente en su interrogatorio de parte dijo que cuando conoció al causante en el año 1998, éste vivía solo, además, dijo que la señora Josefina Clavijo se fue para EEUU, país al que viajaba constantemente antes del año 2002, en donde permanencia por largos períodos de tiempo, y si bien regresaba a Colombia, lo hacía para cumplir con los requisitos de la visa, más no para atender sus obligaciones conyugales. Que hacia el año 1998 el causante le manifestó a la señora Doris que se había separado de su cónyuge hacía 10 años, lo cual es ratificado por la hija de la señora Doris en su testimonio, de manera que los porcentajes dados por el Juzgado no se acompasan con lo probado en el proceso. Que la actora no da cuenta de una relación de pareja, en la medida que cuando se le indaga por los medicamentos que tomaba el causante y la causa de su

fallecimiento, ésta responde no saberlo, además, dijo a viva voz que cuando se encontraba en EEUU, quien estaba pendiente de su esposo era su hija. Que el causante le giraba dinero a la convocante de los cánones de arriendo que percibía de un bien en común, pero no por el afecto de esposo o por el vínculo matrimonial. Que la testigo Rosa Miriam García claramente indicó que el causante únicamente convivía con la señora Luz Doris Ruíz. Que el vínculo con la cónyuge se rompió desde 1988, pues en esa data cesó la relación de pareja. Que si bien Colpensiones requirió a la señora Luz Doris para que desistiera de su derecho, lo cierto es que en acto administrativo del 23 de febrero de 2017, indicó que una vez publicado el edicto correspondiente, no se presentó persona con mejor derecho, por lo que se le reconoció la prestación a la compañera, lo cual no fue recurrido por el apoderado de la demandante a pesar de que se ordenó su notificación a éste. Que la decisión adoptada por Colpensiones debe mantenerse incólume en la medida que entre el causante y su cónyuge no existió convivencia dentro de los últimos 5 años (C.D. fol. 156 Min. 01:01:39).

Colpensiones igualmente interpuso recurso de apelación, argumentando que la cónyuge debió acreditar que durante el tiempo en que permaneció vivo el vínculo matrimonial, tuvo una relación de asistencia mutua, lo cual no se probó en el presente caso, pues no se demostró que el causante apoyara a la demandante, ni que ésta lo asistiera a pesar de la separación de cuerpos, no siendo suficiente el contrato matrimonial. Que en relación con la señora Luz Doris Ruíz, Colpensiones está realizando las gestiones necesarias respecto con el reconocimiento pensional, pues ésta no acredita los 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento del causante. Que no es procedente la condena en costas, pues la entidad ha actuado de buena fe, no siendo de su capricho la negativa en el reconocimiento de la pensión de la cónyuge, en tanto, la señora Luz Doris Ruíz no informó sobre su existencia. (C.D. fol. 156 Min. 01:04:02).

7. Alegatos demandante. Indicó que el Juzgado de primera instancia desconoció que la parte actora sostuvo un vínculo matrimonial con el causante y convivió con éste hasta la fecha de fallecimiento, pues la separación acaecida en el año 2012 no tuvo la virtud de desdibujar la comunidad de vida entre la pareja; además, tuvo por demostrada la convivencia mínima con la compañera permanente, cuando la misma no se deduce de las pruebas recaudadas.

8. Alegatos demandada. Manifestó que la compañera permanente del causante no acreditó 5 años de convivencia anteriores al fallecimiento, y la demandante en calidad de cónyuge tampoco demostró que el vínculo matrimonial se mantuvo actuante hasta la fecha del deceso del pensionado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por ambas partes y la litis consorcio necesaria 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 a favor de COLPENSIONES en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Si la demandante Josefina Clavijo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que reclama y en qué porproción? (ii) ¿Si la litisconsorcio necesaria Luz Doris Ruíz tiene derecho a la pensión de sobrevivientes y en qué proporción? (iii) ¿Si la demandante tiene derecho al reconocimiento de la prestación desde la fecha del

fallecimiento del causante? (iv) ¿Si acertó el Juzgado de primera instancia al imponer condena en costas en contra de Colpensiones?

Calidad de pensionado

En el presente caso, no está en discusión que el señor José Armando Barbosa fue pensionado por vejez por el entonces ISS mediante Resolución 15173 del 1º de enero de 2003, según da cuenta la Resolución GNR 58007 del 23 de febrero de 2017 (fols. 31 y s.s.).

Fallecimiento/ Reconocimiento administrativo de Pensión de Sobrevivientes

Tampoco está en discusión que falleció el 17 de junio de 2016 como da cuenta el registro civil de defunción (fol. 13) y que con ocasión a su deceso, fue reconocida una pensión de sobrevivientes a favor de la señora Luz Doris Ruíz mediante Resolución GNR 252573 del 26 de agosto de 2016, la cual obra en el expediente administrativo (CD fol. 80).

Normatividad aplicable

Tampoco está en controversia que la normatividad aplicable para el presente caso es el artículo 47 de la ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 de 2003, atendiendo la fecha de fallecimiento del señor Barbosa. (Criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 15526-2017)

Sobre el derecho de Josefina Clavijo de Barbosa en calidad de cónyuge

Para determinar si la demandante Josefina Clavijo tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que reclama, debemos acudir al literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, el cual dispone que son beneficiarias de la pensión de sobreviviente la cónyuge y/o la compañera permanente del afiliado fallecido, quienes deben acreditar una convivencia ininterrumpida de por lo menos 5 años con anterioridad a la muerte; lapso que puede ser acreditado **en cualquier tiempo para la cónyuge separada de hecho**, como único requisito para acceder a la prestación referida, conforme lo ha definido de manera reiterada y pacífica la Corte Constitucional en las sentencias T-278 de 2013, T-641 de 2014, T-090 de 2016, T-266 de 2017, T-070 de 2018 y T-409 de 2018, en tanto ello se ajusta a los requerimientos contemplados estrictamente en la ley, tesis que fue además retomada por la CSJ en la sentencia SL5169-2019; de esta manera, como magistrada ponente recojo cualquier criterio contrario que en otrora hubiere adoptado.

Igualmente ha de decirse que, conforme a la postura asumida por la Corte Constitucional, la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional –según sea el caso- debe reconocerse a la cónyuge cuya sociedad nunca fue disuelta y a la compañera permanente, en proporción al tiempo compartido con el causante

Conforme a lo anterior, lo primero que ha de resaltar la Sala es que se equivoca el apoderado de la señora Luz Doris Ruíz, quien interviene en el proceso en calidad de litis consorte necesario, pues la cónyuge no debe demostrar convivencia con el causante dentro de los 5 años anteriores a su muerte, ya que tal y como lo ha sentado la jurisprudencia, el término en mención puede ser acreditado en cualquier tiempo. Igualmente, se equivoca Colpensiones al manifestar que la cónyuge debió demostrar

que su vínculo con el causante continuó actuante y dinámico en la separación, pues se reitera, solo le basta demostrar 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Ahora bien, aduce el apoderado de la litisconsorte necesaria, que tanto ella como su hija, la señora Elizabeth Moreno, indicaron en sus declaraciones que cuando conocieron al causante hacia el año 1998, éste ya no convivía con la actora, la señora Josefina Clavijo de Barbosa, lo cual conocen porque el pensionado fallecido se los manifestó, frente a lo cual ha de precisar la Sala que ello no tiene ninguna relevancia probatoria en el presente caso, en la medida que las declarantes no tienen conocimiento directo de ello, pues como ellas mismas lo indican, lo escucharon del causante.

De otro lado, se advierte que el apoderado de la parte demandante indica en su alzada, que entre su poderdante y el causante existió un vínculo matrimonial y una convivencia que se prolongó hasta la fecha del fallecimiento y que si bien existió una separación física, no se desdibujó la comunidad de vida, pues siempre perduró el ánimo de unidad, pertenencia mutua y afecto matrimonial, desconociendo así el Despacho el precedente de la CSJ, según el cual la separación física no implica una ruptura de la convivencia, en casos de fuerza mayor, por razones de salud o de trabajo, como en efecto ocurrió en el *examine*.

Al respecto, se encuentra demostrado que el señor Jorge Armando Barbosa y la señora Josefina Clavijo contrajeron nupcias el 10 de agosto de 1963, conforme da cuenta la copia del registro civil de matrimonio (fol. 14), de cuya unión procrearon 3 hijos, tal y como dan cuenta los registros civiles de nacimiento (fols. 15 y s.s.).

Igualmente, se tiene el interrogatorio de parte rendido por la demandante Josefina Clavijo (CD fol. 144 min. 17:00), quien manifestó que convivió de manera interrumpida con el causante, en tanto desde el año 2002, debió viajar a EEUU a causa de la enfermedad de su hija mayor, de manera que permanecería unos meses en dicho país y regresaba a Colombia, con permanencia de 2 a 3 años, para viajar nuevamente a Norteamérica; que desde el 2012, debió radicarse en EEUU por un período de 5 años para adquirir la residencia; que ella mantenía contacto con su cónyuge fallecido mientras estaban separados de cuerpos y lo visitaba cuando regresaba a Colombia; que su esposo le enviaba un dinero que obtenía del canon recibido por el bien común y la tenía afiliada como beneficiaria en salud; que entre el 2012 y 2016, a raíz de una afección en sus pulmones, el causante se trasladó a Fusagasugá a vivir con su prima Emma Cruz, de suerte que convivió con ella hasta que ésta falleció de un cáncer, y luego permaneció solo en otro inmueble en el barrio Colombia; que el causante tuvo dos hijos por fuera del matrimonio con dos mujeres diferentes; que no recuerda qué medicamentos tomaba su cónyuge; que siempre estuvieron casados y que su separación de cuerpos lo era por acuerdo entre los dos.

Asimismo, los declarantes Jorge Armando Barbosa Clavijo (CD fol. 144 min. 01:12:30), hijo del causante y de la demandante, Nubia Parra Barbosa (CD fol. 144 min. 01:40:15) hermana del causante y José Antonio Guevara (CD fol. 144 min. 01:54:25) cuñado del pensionado fallecido, indicaron igualmente que la demandante y el señor Barbosa nunca disolvieron su matrimonio; que la demandante comenzó a viajar a EEUU por la enfermedad de una de sus hijas, pero al cabo de unos meses volvía a Colombia, en donde se quedaba unos años; que desde el año 2012, debió radicarse allí por un período de 5 años, para conseguir la residencia; que hacia el año 2006, por su estado de salud el causante se trasladó a Fusagasugá, en donde vivía solo; que Luz Doris Ruíz les fue presentada por el señor Barbosa como la señora que le lavaba la ropa y le preparaba los alimentos; que el causante tuvo dos hijos fuera del matrimonio; que en Fusagasugá el causante

inicialmente vivó con una prima llamada Emma en el año 2006 y cuando ésta falleció se trasladó para otro apartamento, precisando el testigo Jorge Armando Barbosa que dicho inmueble era del señor Alcizar, a quien el declarante le dejó las llaves con un tercero por petición de éste cuando su padre falleció; que el causante y la demandante se comunicaban, tenían contacto a pesar de la distancia y cuando la señora Josefina viajaba a Colombia visitaba al señor Barbosa, incluso en Fusagasugá.

Frente a las declaraciones referenciadas, ha de decirse que las mismos no aportan credibilidad y certeza para la Sala de Decisión, pues al analizarlas de manera conjunta con el testimonio del señor Henry Alcizar Castillo Rivera (CD fol. 144 min. 02:07:24), se puede constatar que están faltando a la verdad, pues nótese que, conforme al testigo en mención, hacia el año 2011, le arrendó al causante y a la señora Doris el apartamento donde vivió una familiar del señor Barbosa de nombre Emma, cuyo contrato escrito se puede constatar a folios 108 y s.s., el cual tiene como fecha de celebración el 1º de julio de 2011.

Indicó además el señor Castillo, que la señora Emma no convivió con el causante, pues ésta residía en su apartamento con su compañero, quien era un señor de edad; que a los días de fallecer la señora Emma, el causante se trasladó para su casa con la señora Luz Doris Ruíz, en donde residieron los dos hasta que el señor Barbosa falleció en el año 2016; que al morir el causante, la señora Luz Doris Ruíz le entregó su apartamento y fue ella quien le entregó las llaves, no el hijo del pensionado fallecido a quien nunca conoció; que siempre iba los domingos a su casa y veía al causante y a la señora Doris como matrimonio.

En ese orden, no puede la Sala tener por cierto lo manifestado por la demandante y los testigos que ésta allegó, pues de la documental y el testimonio del señor Henry Alcizar, es claro que el causante nunca convivió con su prima, amén que, si bien residió en el apartamento de ésta, ello sucedió cuando su familiar ya no estaba viva.

Por tanto, cumple advertir que la parte actora no acreditó que continuó su comunidad de vida con el causante incluso en la separación, como equivocadamente se aduce en la alzada.

Lo único que advierte la Sala es que por lo menos hasta el año 2000, la demandante convivió con el pensionado fallecido, pues así lo manifiesta la señora Luz Doris Ruíz en su interrogatorio (CD fol. min.144 50:36), al indicar que conoció al señor Barbosa en el año 1998, anualidad para la cual se hicieron novios, y que para esa época la demandante ya se encontraba en EEUU, sin embargo, ella volvió y se quedó en la casa del causante como un período de 6 meses hacia el año 2000.

De lo anterior, se tiene demostrado que la señora Josefina Clavijo de Barbosa convivió con el causante desde la fecha en que éstos contrajeron matrimonio, que lo fue el 10 de agosto de 1963 y hasta el año 2000, para un aproximado de 37 años, por tanto, es claro que contrario a lo indicado por Colpensiones y la integrada a la litis, la demandante sí tiene derecho a la pensión de sobrevivientes en proporción al tiempo de convivencia con el causante, esto es, en un 78,72%.

Pensión de sobrevivientes de la compañera permanente

Frente al problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la señora Luz Doris Ruíz vinculada al proceso como litisconsorcio necesaria, se insiste en que la

compañera permanente debe acreditar 5 años de convivencia con el causante, los cuales deben ser inmediatamente anteriores a la fecha del fallecimiento.

De la alzada formulada por la parte actora, se observa que en su criterio la señora Luz Doris Ruíz no acreditó tal exigencia, pues conforme a lo confesado por ésta en su interrogatorio de parte y lo indicado en declaraciones extra-proceso, así como por el testigo Henry Alcizar Castillo Rivera, se tiene que la convivencia con el causante lo fue por un período inferior a 5 años.

Al respecto, advierte la Sala que si bien la señora Luz Doris Ruíz inicialmente manifestó en su interrogatorio de parte (CD fol. 144 min. 50:36), que convivió con el causante desde el año 2011 hasta la fecha de su fallecimiento en el Barrio la Gran Colombia de Fusagasugá, más adelante indicó que en el 2006 el señor Barbosa se fue a convivir con ella y sus hijas al barrio Inglés de la ciudad de Bogotá; hacia el 2010 se trasladaron hacia Fusagasugá en donde residieron un año en un apartamento y finalmente en el 2011, se fueron para la casa del señor Alcizar, en donde convivieron hasta que el señor Barbosa falleció, de manera que no es posible advertir como lo pretende el apoderado de la parte demandante, una confesión de la señora Doris Ruiz sobre este aspecto.

Sobre las declaraciones extra-juicio allegadas con la contestación de la demanda por parte de la litisconsorcio, que fueron rendidas por los señores Argemiro Núñez Quiroga, Melquisedec Ríos Velandia, Gilma Rocío Romero Guzmán e Ibse Liliana González Ramírez, se tiene que en efecto dichos declarantes indicaron ante notario que el causante convivió en unión marital de hecho de forma permanente e ininterrumpida con la señora Luz Doris Ruíz desde el 1º de julio de 2011 (fols. 102 y s.s.), no obstante, también precisaron que ello les consta del conocimiento directo y personal que tuvieron del señor Barbosa, por manera que solo a partir de esa fecha pudieron conocer la situación de convivencia entre el causante y la compañera permanente vinculada al proceso, lo cual también se puede concluir del testimonio rendido en el proceso por el señor Henry Alcizar Castillo, quien precisó que solo conoció a la pareja hasta el año 2011; en ese sentido, ha de decir la Sala que lo indicado por los declarantes no significa que el período señalado por ellos sea el único lapso de convivencia, pues se tienen otras declaraciones que dan cuenta de una comunidad de vida desde el año 2006.

Así, se observa la declaración de la señora Rosa Miriam Saavedra Pinilla (CD fol. 153 min. 04:35), quien afirmó que a principios del año 2006, le arrendó una casa al causante y a la señora Doris, quienes convivieron allí hasta el 2010, con las hijas de la señora en mención; que el señor José Armando Barbosa estaba en una condición delicada de salud, por lo que le recomendaron radicarse en un clima cálido, lo cual atendió pues la pareja se trasladó para Fusagasugá; que el pensionado fallecido era quien le reconocía el canon de arrendamiento y siempre lo vio con su pareja Luz Doris Ruíz.

Lo anterior coincide con lo manifestado por la hija de la litisconsorcio, Elizabeth Moreno Ruíz (CD fol. 153 min. 16:47), pues ésta afirmó que desde el 2006, su madre inició convivencia con el señor José Armando Barbosa, a quien referencia como figura paterna, lo cual tuvo ocurrencia en el barrio Inglés; que por la condición de salud del causante, éste y su madre se trasladaron para Fusagasugá hacia el 2010, en donde inicialmente residieron en un apartamento por 8 o 9 meses, y posteriormente, se cambiaron para la casa en donde vivió una prima del señor Barbosa llamada Emma, quien para ese momento ya había fallecido y que allí residieron su madre y su "padre" hasta que éste murió, lo cual es ratificado por el señor Henry Alcizar Castillo, conforme a lo indicado con anterioridad.

Por tanto, contrario a lo afirmado por Colpensiones y el apoderado de la parte actora, la señora Luz Doris Ruíz sí acreditó por lo menos 5 años de convivencia inmediatamente anteriores a la fecha de del deceso del señor José Armando Barbosa, siendo preciso advertir en este punto que Colpensiones en sus distintos pronunciamientos nunca indicó que la señora en mención actuó de mala fe, pues una vez observado el Auto APGNR 348 del 8 de noviembre de 2016, la demandada consideró que tanto la demandante como la señora Doris Ruíz tenían derecho a la sustitución pensional, y es por ello que requirió a ésta última para que allegara autorización a fin de revocar la Resolución GNR 252573 del 26 de agosto de 2016, como se observa a folios 29 y s.s.; sin embargo, ante la falta de autorización de la señora Doris, Colpensiones debió negar el reconocimiento de la prestación solicitada por la demandante en la Resolución GNR 58007 del 23 de febrero de 2017. (fols. 31 y s.s.).

Conforme a lo dicho, se tiene entonces que la señora Luz Doris Ruíz acreditó un lapso de convivencia con el causante de aproximadamente 10 años que van desde principios del 2006 hasta el 17 de junio del 2016, fecha de la muerte del señor José Armando Barbosa, por tanto, es claro que a la litisconsorte le asiste el derecho a la pensión de sobrevivientes en una proporción del 21,28%.

Fecha de disfrute de la pensión en relación con la cónyuge y de la prescripción

Sobre el problema jurídico relacionado con la fecha a partir de la cual debe disfrutar la prestación reclamada la señora Josefina Barbosa de Clavijo, ha de decir la Sala que procede desde la fecha del fallecimiento del causante, esto es, a partir del 17 de junio del 2016, máxime cuando ninguna mesada se encuentra cubierta con el manto de la prescripción, conclusión a la que se arriba luego de observar que el contenido de la Resolución GNR 58007 del 23 de febrero de 2017 (fols. 31 y s.s.), según la cual la demandante elevó la reclamación administrativa el 6 de septiembre de 2016, habiendo radicado la demanda el 28 de agosto de 2017, como da cuenta el acta de reparto (fol. 37), esto es, sin que transcurriera el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS, por lo que acertó el *a quo* al declararla no probada.

Conforme a lo anterior, se condenará a Colpensiones a reconocer a la accionante la pensión deprecada a partir de la data del óbito, en la proporción que le corresponde, esto es, en un 78,72%.

Excepción de compensación

En este punto cumple anotar que, si bien la demandada ha venido reconociendo la prestación en un 100% a favor de la señora Luz Doris Ruíz desde el 4 de junio de 2016 y la entidad propuso la excepción de compensación en su escrito de contestación de la demanda, lo cierto es que la misma no tiene ningún efecto en relación con la parte actora, pues ésta no ha recibido ningún dinero por parte de la encartada.

El medio exceptivo en mención solo tiene alcance en relación con la señora Luz Doris Ruíz, en tanto como se dijo, dicha parte sí recibió la prestación, en un porcentaje superior al que le corresponde, pues únicamente tiene derecho al 21,28% de la prestación en discusión, desde el 4 de junio de 2016.

De acuerdo a lo anterior, habrá de declararse probada la excepción de compensación propuesta por Colpensiones en relación con la señora Luz Doris Ruíz, por tanto, se autorizará a la entidad pensional para que haga los descuentos a que hubiere lugar,

sobre la proporción de la pensión que le corresponde a la señora Ruíz y hasta tanto recupere los dineros que en exceso fueron recibidos desde el 4 de junio de 2016.

Cuantificación del retroactivo pensional

De conformidad con el art. 283 del CGP, se procede a establecer el valor de las mesadas pensionales adeudadas a favor de la señora Josefina Clavijo de Barbosa, para lo cual se tiene que al realizar las operaciones aritméticas, Colpensiones le adeuda la suma de $42.520.803, por las causadas entre el 4 de junio de 2016 y el 31 de julio de 2020.

Año	Valor total mesada	Incremento	78,72%	No. mesadas	Subtotal
2016	$ 853.626		$671.974	7,73	$ 5.194.362
2017	$ 902.709	5,75%	$710.613	14	$ 9.948.581
2018	$ 939.630	4,09%	$739.677	14	$10.355.478
2019	$ 969.511	3,18%	$763.199	14	$10.684.782
2020	$1.006.352	3,80%	$792.200	8	$6.337.600
				Total	$42.520.803

Indexación

En torno a la indexación es claro que ante la evidente devaluación monetaria acertó el A quo cuando señaló que las mesadas causadas a favor de la demandante deben reconocerse de manera indexada desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe su pago.

Costas

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 definió el Juzgado de primera instancia, máxime que dicha entidad se opuso a la totalidad de las pretensiones formuladas por la parte actora.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 5 de febrero del 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora JOSEFINA CLAVIJO DE BARBOSA, en un porcentaje igual al 78,72% y a la señora LUZ DARY RUÍZ, en un porcentaje igual al 21,28%, a partir del 4 de junio de 2016, cuyas sumas adeudadas a la señora Clavijo de Barbosa deberán ser indexadas al momento del pago.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida el 5 de febrero del 2020 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones a pagar a favor de la señora Josefina Clavijo de Barbosa la suma de $42.520.803, por las mesadas causadas entre el 4 de junio de 2016 y el 31 de julio de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 5 de febrero del 2020, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de declarar probada la excepción de COMPENSACIÓN propuesta por Colpensiones en relación con la señora LUZ DORIS RUÍZ, en consecuencia, se autoriza a Colpensiones para que efectúe los descuentos a que hubiere lugar sobre la proporción de la pensión de sobrevivientes que le corresponde, hasta tanto recupere los dineros pagados en exceso desde el 4 de junio de 2016.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***YESID LIBARDO QUINTERO QUINTERO***
DEMANDADO: ***BANCO DE LA REPÚBLICA***
RADICACIÓN: ***11001-31050-08-2018-00234-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA ABSOLUTORIA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. YESID LIBARDO QUINTERO QUINTERO instauró demanda ordinaria contra el BANCO DE LA REPÚBLICA, con el fin de que se declare ineficaz la parte final del numeral 2.2. del documento denominado *"METODOLOGÍA PLAN DE PENSIÓN TEMPRANA"* mediante la cual se liquidó su pensión de jubilación sin tener en cuenta horas extras, recargos y trabajos especiales; en consecuencia, se ordene a la demandada a liquidar su pensión vitalicia de jubilación especial, sobre el 66,72% , teniendo en cuenta un total de 17 años, 9 meses y 16 días de servicios prestados, así como las horas extras laboradas en el último año de servicios; finalmente, se condene en costas a la encartada. (fols. 2 y s.s.; subsanación fol. 42).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 3 de abril de 1962; trabajó a favor del Banco de la República a través de un contrato de trabajo entre el 13 de setiembre de 1982 y el 30 de junio de 2000; su último cargo fue el de Coordinador de Operación Bancaria y devengó como último salario promedio la suma de $1.410.937; celebró acuerdo conciliatorio con el Banco de la República, a fin de dar por terminado el contrato de trabajo por mutuo acuerdo, en el cual la entidad demandada le ofreció el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial aprobada previamente por las Directivas del Banco, que tendría las mismas garantías, condiciones y limitaciones que tienen todas las pensiones de jubilación

reconocidas por la demandada y se reajustaría en los términos de ley; el 6 de julio de 2015, solicitó le informaran sobre las normas o acuerdos tenidos en cuenta para el reconocimiento de su pensión y los documentos que soportan la pensión que le fue reconocida, recibiendo como respuesta el 27 de julio de 2015, que el monto ofrecido de la prestación fue revisado y aceptado por él de manera voluntaria, amén que no fueron tenidos en cuenta factores salariales legales no convencionales, no se hizo con base en normas legales, ni acuerdos internos del banco, sino que correspondió a un ofrecimiento aceptado expresamente en diligencia de conciliación; para reconocer su pensión, el banco accionado tuvo en cuenta Memorando Interno SG-A-0239 y Metodología Plan de Pensión Temprana, sin embargo, no consideró en su liquidación horas extras, aun cuando las laboró entre el 30 de mayo de 1999 y el 1º de junio de 2000; además, se le aplicó una tasa del 61,60%, pese a que trabajó 17 años, 9 meses y 16 días que equivalen a 66,72%.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 74); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación del BANCO DE LA REPÚBLICA. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la liquidación de la pensión del actor aplicando un porcentaje del 61,60%, sin considerar horas extras, fue el producto de una liquidación especial que él declaró conocer previamente y aceptar libremente, precisando que no se trata de una pensión legal o convencional sujeta al imperio de la ley, sino que es el producto de una negociación entre las partes, plasmada en un acta de conciliación, cuyo acuerdo hace tránsito a cosa juzgada. Propuso como excepciones de fondo las de cosa juzgada, inexistencia de la obligación a cargo del Banco de la República de reliquidar la pensión concedida, falta de causa y cobro de lo no debido, carencia del derecho, prescripción y la genérica. (fols. 52 y s.s.).

4. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de septiembre de 2019, en la cual el Juzgado absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación. (C.D. fol. 88 Min. 33:12)

Como sustento de su decisión indicó que, la pensión reconocida al actor lo fue en virtud de un acuerdo conciliatorio celebrado entre las partes ante el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Valledupar, en el cual además se le dio terminación al vinculo laboral que las ataba, la cual tiene la naturaleza de vitalicia especial voluntaria, en tanto que el actor no cumplía los requisitos de edad y tiempo para ser merecedor de una pensión de jubilación legal.

Agregó que la Metodología Plan de Pensión Temprana, de la que se pretende su ineficacia por parte del demandante, va dirigida a un tipo de trabajadores cuyos cargos no fuere necesario reemplazar en la nómina de personal Bogotá y sucursales con antigüedad de 20 años de servicios en el banco accionado, de manera que dicho documento no le resulta aplicable al demandante, en tanto éste únicamente acredita 17 años, 9 meses y 16 días de servicios.

En cuanto al Memorando Interno SGO 239, dijo que se trataba de una circular interna que establece unos programas de retiro con bonificación y jubilación temprana que no contempla los factores salariales a tener en cuenta para la liquidación de pensión especial reconocida al actor. Señala que aun cuando en los alegatos de conclusión se indica que el demandante no tuvo la oportunidad de revisar y leer la oferta realizada por el banco accionado en la diligencia de conciliación, lo cierto es que, ello no fue planteado en el escrito de demanda, y en todo caso, al revisar el acta de conciliación se deduce todo lo contrario, pues el accionante no hizo ningún reparo, y el acuerdo fue aprobado por autoridad judicial que no encontró vulnerados derechos ciertos e indiscutibles.

Finalmente, adujo que como la prestación del actor es de carácter voluntario, la demandada no tenía ninguna obligación legal de incluir en su liquidación trabajo suplementario recargos y trabajos especiales.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, argumentando que existe una contradicción entre el acta que se firmó en el Juzgado y la respuesta que le fue dada por la entidad demandada el 27 de julio de 2015, pues en la mencionada acta se indicó que la pensión que le fue reconocida se encuentra contemplada en una directiva expedida por el Banco, mientras que en la comunicación en mención, la parte accionada le indicó que para la liquidación de su pensión, no fueron tenidos en cuenta factores salariales legales, ni convencionales, ni se hizo con base en las normas o acuerdos internos del banco.

Agregó que las directivas mencionadas en el acta de conciliación en realidad no existen, y que el Gerente del Banco no podía reconocer su prestación motu propio, pues debía contar con la aprobación del presupuesto para el efecto. Por lo anterior aduce que, al momento de serle reconocida su pensión, lo mínimo que debió tenerse en cuenta era el tiempo de servicios y las horas extras, como lo dispone el artículo 127 del CST, así como los derechos y garantías establecidas en el artículo 13 del mismo estatuto y la irrenunciabilidad de las prestaciones laborales estatuidas en su artículo 14.

Así las cosas, dijo que la demandada debió tener en cuenta al liquidar su prestación el promedio del salario devengado en el último año de servicios, incluyendo las horas extras, además, le debió tener en cuenta que laboró mas de 17 años y una tasa de reemplazo del 66,72% y no 61,60%, precisando que esta última no tiene ningún sustento normativo. (CD. fol. 88 min. 54:43).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: (i) ¿La pensión voluntaria reconocida al actor por parte del banco accionado debe ser reliquidada teniendo en cuenta las horas extras devengadas en el último año de servicios y una tasa de reemplazo del 66,72%?

De la calidad de pensionado

Sea lo primero indicar que mediante conciliación al actor le fue reconocida por parte del Banco de la República una pensión mensual vitalicia de jubilación especial, a partir del 30 de junio de 2000, en cuantía inicial de $1.324.944.

Lo anterior, con el fin de dar por terminado el contrato de trabajo existente entre las partes desde el 13 de septiembre de 1982, tal y como da cuenta el acta de conciliación de fecha 29 de junio de 2000, aprobada por el Juzgado 1º Laboral del Circuito de Valledupar, en la cual, además se dejó expresamente consignado que no es posible reconocer a favor del demandante una pensión legal, por no completar la edad ni el tiempo de servicios requeridos para tener derecho a dicha prestación (fols. 15 y s.s.).

Conforme a la liquidación allegada por la parte demandante se observa que la pensión que le fue reconocida por el banco accionado fue liquidada teniendo en cuenta un salario promedio de $2.150.883, el cual incluye prima de antigüedad, prima de vacaciones y zona especial, además se dio aplicación a una tasa de reemplazo del 61,60%.

De la reliquidación deprecada

En punto al problema jurídico relacionado con la reliquidación de la pensión mensual vitalicia de jubilación reconocida al actor, se advierte del acta de conciliación aprobada el 29 de junio de 2000, por el Juzgado 1º Laboral del Circuito Judicial de Valledupar (fol. 15 y s.s.), que la misma fue ofrecida por parte del banco al demandante, como incentivo para dar por terminado el contrato de trabajo existente entre las partes de mutuo acuerdo, y ante la imposibilidad de reconocerle una pensión legal, dado que como el propio convocante lo reconoce en la diligencia respectiva, a la fecha de celebración de la conciliación, contaba con 38 años de edad y un tiempo de servicios de un poco más de 17 años.

Nótese que del acta de conciliación en mención se puede leer que el Gerente del Banco de la República, manifestó lo siguiente: *"En efecto el señor YESID L. QUINTERO QUINTERO viene prestando sus servicios desde la fecha por él indicada. Sin embargo, no es posible reconocerle la pensión legal solicitada por él, por no completar la edad ni el tiempo de servicios requeridos para tener derecho a esta prestación. No obstante, he manifestado al trabajador que el Banco está dispuesto a facilitar su retiro de la Entidad, mediante el reconocimiento de una pensión mensual vitalicia de jubilación de carácter especial aprobada previamente por las Directivas del Banco."* (Subraya fuera de texto)

Dicha propuesta es aceptada por el trabajador, como se puede observar de lo que a continuación se transcribe: *"…El Banco de la República reconoce a título de conciliación a favor del trabajador señor YESID L. QUINTERO QUINTERO una pensión mensual vitalicia de jubilación especial, a partir del día 30 de junio de 2000, en cuantía inicial*

de Un millón trescientos veinticuatro mil novecientos cuarenta y cuatro pesos ($1.324.944.00) mcte., suma que es el resultado de una liquidación especial, que el trabajador declara haber conocido previamente y que libremente acepta. Esta pensión tiene las mismas garantías, condiciones y limitaciones que tienen todas las pensiones de jubilación reconocidas por el Banco de la República y se reajustará en los términos de ley…" (Subraya fuera de texto).

De lo anterior es claro que, la prestación reconocida al actor no deviene de ninguna circular o memorando interno establecido por el Banco de la República, pues del tenor literal del acta de conciliación, se advierte que la misma tuvo lugar con ocasión a un ofrecimiento u oferta realizada por la encartada al demandante, la cual tenía el aval o aprobación previa de las Directivas o el órgano de dirección del Banco de la República, que fue claramente aceptada por el señor Quintero Quintero.

Contrario a lo manifestado por el apelante el contenido del acta de conciliación de fecha 29 de junio de 2000, no presenta ninguna contradicción con la comunicación que fue expedida por la demandada con destino al convocante, de fecha 27 de julio de 2015, en la que se expresó lo siguiente: *"Damos respuesta a la comunicación citada en la referencia, por medio de la cual solicita se le informen las normas o acuerdos tenidos en cuenta para el reconocimiento de su pensión, así como los factores salariales y los documentos que soportan la pensión reconocida por el Banco de la República. Sobre el particular nos permitimos reiterarle nuestra comunicación DSGH-07311 de 08 de abril de 2015, en cuanto a que, como consta en acta de conciliación celebrada el 29 de junio del 2000, ante el Juzgado 1º Laboral de Valledupar, el Banco le reconoció una pensión de jubilación especial, de carácter extralegal, cuyo monto ofrecido fue revisado y aceptado voluntariamente por usted, teniendo en cuenta que para esa fecha no reunía los requisitos exigidos para una pensión legal ni convencional. De acuerdo con lo anterior, para determinar el monto de la pensión, no fueron tenidos en cuenta factores salariales legales ni convencionales, ni se hizo con base en normas legales ni acuerdos internos del Banco, sino que correspondió a un ofrecimiento que le hizo el Banco y que usted aceptó expresamente en la diligencia de conciliación de la cual se levantó acta…"* (fol. 18).

Es claro para la Sala que, la prestación respecto de la cual se pretende su reliquidación, es de carácter voluntaria, siendo preciso advertir que la misma dista tanto de las pensiones legales, como de las pensiones convencionales, en la medida que éstas dos últimas tienen unos parámetros o requisitos prestablecidos para acceder a ellas, mientras que la primera de ellas proviene ya sea de la decisión unilateral del empleador o de una concertación entre éste y quien ha de beneficiarse del derecho, como ocurrió en el presente caso.

Por tanto, al provenir el derecho de la voluntad del empleador o de éste y el trabajador, su valor puede ser definido por aquel o entre las partes de consuno, sin que ese acuerdo pueda tildarse de ilícito o atentatorio del mínimo de derechos y garantías previstas por la ley, como erradamente lo insinúa el apelante, en tanto la prestación voluntaria no está sometida a ésta o a la convención.

Conforme a lo expuesto, se advierte que la reliquidación reclamada teniendo en cuenta horas extra y una tasa del 66,71%, carece de visos de prosperidad, pues ello no atiende a lo que las partes acordaron voluntariamente, siendo importante advertir que el actor aceptó expresamente el valor inicial de la

pensión que le fue ofrecido por el Banco accionado, lo cual está llamado a producir todos sus efectos, en la medida que en el presente caso no se discute sobre la validez de dicho acuerdo.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 9 de septiembre del 2019, por el Juzgado 8º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE;	***BLANCA NELLY BUITRAGO PINEDA***
DEMANDADO:	***LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL Y OTRO***
RADICACIÓN:	***1001-31050-25-2015-00491-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA:	***MESADA 14***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, como apoderada sustituta de COLPENSIONES y a la Dra. PAULA NATALIA MOYANO AVILA, como apoderada sustituta de LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL, en los términos y para los efectos de los poderes conferidos conforme lo dispone el art. 74 del CGP, los cuales fueron allegados junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. BLANCA NELLY BUITRAGO PINEDA instauró demanda ordinaria contra LA NACIÓN MINISTERIO DE AGRICULTURA Y DESARROLLO RURAL con el fin de que se condene a reconocer y pagar las mesadas adicionales de junio causadas desde el año 2010, junto con los intereses moratorios o la indexación, lo ultra y extra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones afirmó que: laboró para el extinto IDEMA hasta el 15 de marzo de 1992; mediante Resolución 000342 del 23 de enero de 1992, el Ministerio de Agricultura le reconoció una pensión de jubilación, a partir del 15 de marzo de la misma anualidad; mediante Resolución

GNR 291687 del 21 de agosto de 2014, Colpensiones le reconoció pensión de vejez en cuantía de $1.969.969, a partir del 17 de febrero de 2010; a través de la Resolución 000106 del 9 de marzo de 2015, el Ministerio de Agricultura compartió su pensión de jubilación, quedando a su cargo un valor de $106.694, además le ordenó reintegrar la suma de $26.043.953, por las mesadas adicionales de junio de los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014; la mesada adicional de junio venía siendo reconocida por el Ministerio de Agricultura hasta el año 2009, pues a partir del año 2010 dejó de pagar la totalidad de la misma; Colpensiones tampoco ha reconocido la mesada adicional de junio; solicitó ante el Ministerio de Agricultura el reconocimiento de las mesadas reclamadas, sin embargo, sus peticiones fueron resueltas en sentido desfavorable.

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

3. Contestación del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que su responsabilidad radica en reconocer la diferencia de lo pagado por el ISS, entidad que resolvió no conceder la mesada 14, por tratarse de una pensión generada con posterioridad al Acto Legislativo 001 del 2005. Adujo que el derecho a la mesada 14 establecida en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, no puede atribuirse a la cartera ministerial como consecuencia de la subrogación de la obligación, pues cotizó al Sistema de Seguridad Social con miras a exonerarse del pago de la pensión convencional establecida en el artículo 98 del acuerdo convencional, menos aun cuando su creación proviene de la ley y no de dicho acuerdo. Propuso como excepción previa falta de integración del litisconsorcio necesario con el ISS hoy Colpensiones, y de fondo las que denominó cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación, compensación, falta de título y causa del demandante, pago de buena fe y el derecho a la pensión de vejez del actor consolidado en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005. >>>No propuso prescripción<<< (fols. 38 y s.s.).

4. Contestación de Colpensiones en calidad de litisconsorcio necesario. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que carece de competencia para conocer acerca de las pretensiones incoadas por la demandante, toda vez que las mismas están dirigidas al reconocimiento y pago de la mesada de junio por parte del Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad jurídica para acceder a lo solicitado y buena fe. (fols. 71 y s.s.).

5. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de mayo del 2019 en la que el Juzgado declaró que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe reconocer a favor de la actora la mesada adicional de junio para los años 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2018 y las que en adelante se causen; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a cancelar a favor de la

actora la suma de $20.449.521 por concepto de retroactivo pensional; absolvió de las demandadas de las demás pretensiones y condenó en costas a Colpensiones (C.D. fol. 113 Min. 03:27).

Como sustento de su decisión indicó que la pensión reconocida a la actora por parte del IDEMA es anterior al Acto Legislativo 001 de 2005, por lo que debe respetarse el derecho a la mesada 14, en tanto dicha reforma constitucional estableció el respeto por los derechos adquiridos tal y como lo definió la CSJ. Que no se encuentra probada la excepción de prescripción, pues la pensión de vejez fue reconocida por Colpensiones en el año 2014, y la actora elevó la reclamación administrativa ante el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural en el año 2015. Que no proceden los intereses moratorios frente a reajustes, reliquidaciones e incrementos pensionales conforme lo establece la CSJ.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme a lo definido por la Corte Constitucional en las sentencias C-601 de 2000, SU 230 de 2015, y más recientemente en la sentencia SU 065 del 13 de junio de 2018, los intereses moratorios proceden para todo tipo de pensiones, sin importar la ley o el régimen mediante el cual se causaron. (C.D. fol. 113 Min. 18:05).

Inconforme con la anterior decisión **el apoderado de la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural** interpuso recurso de apelación argumentando que la demandante no tiene derecho al reconocimiento de la mesada 14, pues su derecho pensional se consolidó el 23 de enero de 1992. Que la entidad ha actuado de buena fe, además, el ISS hoy Colpensiones reconoció a la actora la pensión de vejez, la cual se causó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, esto es, a partir del 13 de agosto de 2012, de manera que atendiendo la norma en mención, no es procedente el reconocimiento y pago de la mesada 14. (C.D. fol. 113 Min. 22:14).

7. Alegatos Colpensiones. Afirmó que la demanda va dirigida en contra de la Nación Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, por lo que carece de legitimación en la causa en el presente asunto. Agregó que en virtud del Acto Legislativo 001 de 2005, la actora no tiene derecho a la mesada adicional de que reclama respecto de su pensión de vejez.

8. Alegatos Nación-Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural. Indicó que el derecho pensional de la demandante se consolidó con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, de manera que no tiene derecho a la mesada 14, conforme a los términos de dicha norma.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la demandante y el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de

inconformidad, expuestos por los recurrentes y se conocerá en consulta a favor de las entidades demandadas.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos**: (i) ¿Si el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe reconocer a favor de la actora la mesada adicional de junio desde el año 2010?, (ii) Si es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y (iii) ¿Si acertó el Juzgado de primera instancia al imponer condena en costas en contra de Colpensiones?

De la calidad de pensionada

Sea lo primero indicar que la señora Blanca Nelly Buitrago Pineda fue pensionada mediante Resolución 000342 del 23 de enero de 1992, proferida por el IDEMA, a partir del 15 de marzo de 1992, en cuantía inicial de $203.903.55 (fols. 7 a 9), la cual fue modificada por la Resolución 002072 del 19 de agosto de 1992, en cuantía de $282.433.54 (fols. 241 y s.s. cuaderno de anexos).

Igualmente, mediante Resolución GNR 291687 del 21 de agosto de 2014, Colpensiones reconoció a la accionante una pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, por remisión del régimen de transición, a partir del 17 de febrero de 2010, en cuantía inicial de $1.969.969 (fols. 10 y s.s.).

Mediante Resolución 000106 del 9 de marzo de 2015, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural modificó la pensión de jubilación de la demandante para el año 2015, en suma de $110.599, en virtud de la compartibilidad pensional y la requirió para que efectúe el reintegro de la suma de $26.043.953, dentro de la cual se encuentran reclamadas las mesadas de junio correspondientes a los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014. (fols. 17 y s.s.).

Mediante Resolución 000215 del 13 de mayo de 2015, el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural modificó el acto administrativo anterior en el sentido de establecer que el valor a reintegrar por parte de la actora corresponde a $13.543.953, dado que la demandante efectuó un pago parcial de $12.500.000. (fols. 22 y s.s.).

De la mesada 14

Sobre el problema jurídico relacionado con la procedencia del reconocimiento y pago de la mesada 14 a favor de la actora, sea lo primero precisar que por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, a todos los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, cuyas pensiones se hubiesen causado y reconocido antes del 1º de enero de 1988, se les concedió el derecho al pago de 30 días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, la cual se cancela con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994.

No obstante, ha de decirse que conforme a la sentencia C-409-1994 la mesada catorce es procedente para todos los pensionados con independencia de que la prestación haya sido causada después del 1 de enero de 1988.

Ahora bien, por virtud del Acto Legislativo 001 del 2005, las personas cuyo derecho a la pensión se **cause** a partir de la vigencia de dicha reforma constitucional, no podrán recibir más de 13 mesadas pensionales al año, excepto para quienes perciban una pensión igual o inferior a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes, siempre que la misma se **cause** antes del 31 de julio del 2011, pues en este caso dichas personas tendrán derecho a 14 mesadas al año.

En el presente caso, como se advirtió con anterioridad, a la actora le fue reconocida su pensión de jubilación desde el 19 de agosto de 1992, respecto de la cual por virtud del artículo 142 de la Ley 100 de 1993, adquirió el derecho a devengar la mesada adicional de junio, y como dicho reconocimiento claramente resulta anterior a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 del 2005, es patente que la demandante tiene derecho a que la misma le siga siendo reconocida por el Ministerio demandado, máxime que éste la venía pagando como se deduce de la Resolución 00106 de 2015, en la cual se requirió a la señora Buitrago a fin de que reintegrara las mesadas que le fueron canceladas durante los años comprendidos entre 2010 y 2014 (fols. 17 y s.s.), y según se constata del comprobante visto a folio 19, el cual da cuenta del pago de la mesada adicional de junio de 2013.

A lo anterior se suma que, la propia reforma constitucional de la que se viene hablando, estableció expresamente el respeto por los derechos adquiridos, no pudiendo la demandada Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural afectar situaciones definidas o consumadas conforme a leyes anteriores, amén que tal y como lo reconoció la cartera en mención en la Resolución 000106 de 2015, la pensión de jubilación de la convocante es compartible con la pensión de vejez que le fuera reconocida por el entonces ISS, por virtud de lo establecido en el artículo 18 del Acuerdo 049 de 1990, de manera que se encuentra a cargo del empleador el mayor valor si lo hubiere, entre la pensión de vejez y la que venía disfrutando el pensionado, dentro de lo cual debe considerarse la mesada adicional de junio, que en efecto venía pagando el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural, pues la misma no fue reconocida por Colpensiones, en tanto la pensión de vejez que le concedió a la actora, fue causada después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005, específicamente el 23 de septiembre de 2006 en cuantía superior a 3 SMLMV(fol. 13).

Por tanto, no existe duda que la demandante tiene derecho a que la demandada en mención siga reconociendo a su favor dicha mesada, contrario a lo indicado en su alzada y en sus alegatos de conclusión, la cual deberá pagarse desde el mes de junio del 2015, pues si bien mediante acto administrativo el ministerio accionado le ordenó a la señora Blanca Nelly Buitrago reintegrar la suma de $26.043.953, dentro de la cual se incluye el valor de las mesadas adicionales de junio correspondientes a los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014 (fol. 17 vuelto), y la actora efectuó un reintegro parcial de $12.500.000 como se indica en el Resolución 000215 del 13 de mayo de 2015 (fols. 22 y s.s.), lo cierto es que dicho

reintegro no representó el reembolso de las mesadas adicionales que le fueron pagadas a la demandante, pues nótese que en comunicación dirigida por ésta a la Cartera Ministerial, se interpuso recurso de reposición contra la Resolución 000106 de 2016, específicamente contra el cobro de las mesadas adicionales, indicando que no le fueron pagadas por Colpensiones y que las mismas ingresaron a su patrimonio por tener derecho a percibirlas, además aclaró que la suma de $12.500.000 corresponden a las mesadas pensionales canceladas por Colpensiones desde el mes de octubre de 2015 (fols. 20 y s.s.), por tanto es claro que el reembolso realizado por la convocante no lo fue por concepto de mesadas adicionales que le fueron pagadas durante los años 2010, 2011, 2012, 2013 y 2014.

- **Cuantificación del retroactivo**

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural adeuda a la actora la suma de **$16.374.575,67** por las mesadas adicionales de junio causadas entre los años 2015 y 2020.

MESADAS ADICONALES DE JUNIO CAUSADAS ENTRE LOS AÑOS 2015 A 2019			
AÑO	**VALOR MESADA**	**NUMERO DE MESADAS**	**SUBTOTAL**
2015	$ 2.392.741,00	1	$ 2.392.741,00
2016	$ 2.554.729,57	1	$ 2.554.729,57
2017	$ 2.701.626,52	1	$ 2.701.626,52
2018	$ 2.812.123,04	1	$ 2.812.123,04
2019	$ 2.901.548,55	1	$ 2.901.548,55
2020	$3.011.807	1	$3.011.807
		TOTAL	$ 16.374.575,67

De los intereses moratorios

Sobre el problema jurídico relacionado con el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por la mora en el pago de la mesada adicional de junio, ha de precisar la Sala que la Corte Constitucional desde la sentencia C-601 de 2000, fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que a partir del 1° de enero de 1994, los intereses moratorios proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante el cual se causó la prestación, de manera que el artículo 141 se debe aplicar a todo tipo de pensiones.

Por lo anterior, tal y como lo refiere la parte demandante, en el presente caso es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, establecidos en la norma ya mencionada, sobre las mesadas adicionales de junio causadas entre el año 2015 y el año 2020, los cuales corren desde que cada mesada se hizo exigible hasta la fecha en que se efectúe su pago, pues si bien mediante recurso de reposición contra la Resolución No. 000106 de 2015, la actora solicitó al Ministerio demandado reconsiderar su decisión de reintegrar el valor de las

mesadas adicionales que le fueron pagadas, lo cierto es que dicho recurso fue formulado el 28 de abril de 2015, esto es, antes de la causación de las mesadas aquí reconocidas, como se observa de las documentales vistas a folios 20 y s.s.

De las costas

En cuanto al problema jurídico relacionado con la costas impuestas por el Juzgado en contra de Colpensiones, el cual se planteó en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la entidad, ha de decirse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que sobre la entidad en mención no se impuso condena en contra, resulta claro que no son procedentes las costas dispuestas por el *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: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, en el sentido de declarar que el Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural debe reconocer a la demandante la mesada adicional de junio para los años 2015, 2016, 2017, 2018, 2019 y 2020, así como las que en adelante se causen.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral tercero de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, en el sentido de condenar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a reconocer y pagar a favor de la demandante por concepto de retroactivo pensional de las mesadas de junio causadas entre el 2015 y el 2020, la suma de **$16.374.575,67**, sin perjuicio de las mesadas que se causen con posterioridad.

TERCERO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para en su lugar condenar al Ministerio de Agricultura y Desarrollo Rural a pagar a favor de la actora los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre las mesadas adicionales de junio causadas entre el 2015 y el 2020, los cuales corren desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta la fecha en que se efectúe su pago.

CUARTO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida el 23 de mayo de 2019 por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para en su lugar absolver a Colpensiones de las costas impuestas por el Juzgado de primera instancia.

QUINTO: CONFIRMAR en todo lo demás.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***GUILLERMO RODRIGO RESTREPO ECHEVERRI***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-32-2018-00595-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN PENSIONAL***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GUILLERMO RODRIGO RESTREPO ECHEVERRI instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se declare que tiene derecho a que se incluya en su historia laboral el período en mora con sus empleadores Cerámicas del Sur Ltda., Municipio de la Estrella, Departamento de Antioquia y Senado de la República; en consecuencia, se condene a la demandada a reliquidar su pensión conforme a la Ley 71 de 1988, a partir del 8 de junio de 2004, aplicando una tasa de reemplazo del 75% sobre el IBL de $2.092.174, junto con el pago de la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; subsanación fols. 90 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 29 de mayo de 1944, por lo que cumplió 60 años el mismo día y mes de 2004; mediante Resolución 6419 de 2005, le fue reconocida una pensión de vejez en cuantía inicial de $1.109.005, a partir del 8 de junio de 2004, conforme a la Ley 797 del

2003, siéndole aplicado el IBL hallado con el promedio de los últimos 10 años, una tasa de reemplazo del 65,12%, y con base en 1090 semanas de cotización; el 03 de noviembre de 2017, solicitó la reliquidación de su pensión de vejez, incluyendo los tiempos de servicios laborados para el Municipio de la Estrella, el Departamento de Antioquia y el Senado de la República; mediante Resolución SUB 292427 del 19 de diciembre de 2017, le fue reliquidada su pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990, desde el 8 de junio de 2004, aplicándosele una tasa de reemplazo del 57% para una primera mesada de $1.787.835, acto administrativo que fue confirmado a través de la Resolución DIR 2014 del 29 de enero del 2018; Colpensiones no ha considerado los períodos en los cuales laboró para el Municipio de la Estrella, el Departamento de Antioquia, el Senado de la República, ni el período en mora con el empleador Cerámicas del Sur Ltda. entre el 1º de junio de 1980 y el 26 de agosto de 1983; el 27 de junio de 2018, solicitó nuevamente la reliquidación de su pensión, la cual le fue igualmente negada mediante la Resolución SUB 217199 del 16 de agosto de 2018.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 95); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que registró en la historia laboral la totalidad de tiempos efectivamente cotizados por los empleadores, amén que para el período comprendido entre junio de 1980 y mayo de 1989, reclamado respecto del empleador Cerámicas del Sur Ltda. se efectuaron aportes simultáneos con los empleadores Municipio de la Estrella y Departamento de Antioquia, los cuales hicieron parte de la sumatoria de semanas cotizadas. Que el actor acredita un total de 967 semanas de cotización, por manera que los actos administrativos expedidos por la demandada se encuentran conforme a derecho. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, compensación, prescripción, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de intereses moratorios e indexación y la genérica. (fols. 97 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de diciembre de 2019, en la cual el Juzgado declaró parcialmente probada la expceción de prescripción sobre las diferencias causadas con anterioridad al 3 de noviembre de 2014, condenó a Colpensiones a reliquidar la pensión de vejez del actor conforme a la Ley 71 de 1988, teniendo como IBL la suma de $2.092.174 con una tasa de reemplazo del 75% para una mesada inicial al año 2004 de $1.569.131, la cual para el año 2019 asciende a la suma de $2.957.055, condenó igualmente al pago de las diferencais pensionales generadas desde el 3 de noviembre de 2014, las cuales al 30 de noviembre de 2019, ascienden a la suma de $45.975. 789, la que debe ser indexada a la fecha de pago, autorizó el descuento de los aportes en salud sobre las sumas adeudadas y condenó en costas a la encartada. (C.D. fol. 136 Min. 11:05).

Como sustento de su decisión indicó que en el presente caso se encuentra acreditado que el actor es beneficiario del régimen de transición, en tanto que

al 1º de abril de 1994 contaba con más de 40 años, amén que así lo aceptó la demandada en el acto administrativo en el cual reliquidó su prestación, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 758 de 1990. Que no existe controversia en cuanto que el demandante prestó sus servicios a favor del Senado de la República, el Departamento de Antioquia y el Municipio de la Estrella, como lo acepta Colpensiones y se observa de las certificaciones obrantes en el expediente administrativo, no obstante, la demandada afirma que con esos tiempos no se acredita el tiempo exigido por la Ley 71 de 1988, en tanto equivalen a 927 semanas. Que la última historia laboral expedida por Colpensiones indica mora por parte del empleador Cerámicas del Sur entre junio de 1980 y mayo de 1989, sin embargo, dicha empresa certificó tiempos de servicios por parte del actor entre el 9 de marzo de 1977 y el 26 de agosto de 1983, de manera que se debe considerar el período comprendido entre el 1º de junio de 1980 y el 26 de agosto de 1983, ya que como lo ha definido la Corte Constitucional y la CSJ, la demandada debió desplegar las respectivas acciones de cobro. Que el accionante completa un total de 1.136 semanas, por lo que es procedente la reliquidación deprecada, aplicando una tasa de reemplazo del 75%, sin modificar el IBL, pues ello no fue objeto de debate en el proceso.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación, argumentando que en las sentencias referidas por el demandante y el juzgado, se resolvieron casos en los cuales los peticionarios no pudieron acceder a una mesada pensional mínima, por presentar períodos en mora, de manera que los mismos fueron habilitados y se accedió al derecho pensional de manera excepcional, al considerar la Corte Constitucional y la CSJ, que la administradora de pensiones debió iniciar las acciones de cobro coactivo; sin embargo, dichos casos son disímiles al planteado por el actor, pues al accionante nunca se le negó el derecho a la pensión por mora del empleador, luego, el precedente en mención no resulta aplicable al caso. Que las costas procesales deben ser revocadas, en tanto que Colpensiones administra dineros de la seguridad social, conforme al artículo 48 de la CP, no pudiendo destinar los mismos a fines distintos, conforme al principio de sostenibilidad financiera. Que de acuerdo al numeral 5º del artículo 365 del CGP, cuando la sentencia condenatoria lo sea de manera parcial, el juez puede abstenerse de imponer costas, lo cual ocurre en el presente caso, dado que prosperó la excepción de prescripción, amén que la condena impuesta obedece a un ejercicio netamente jurisprudencial, pues cuando incurrió en mora el empleador, el criterio aplicado por el Juzgado no se encontraba vigente. (CD fol. 136 min. 31:54)

6. Alegatos Colpensiones. Manifestó que el actor no cumple los presupuestos para que su pensión sea reliquidada conforme a la Ley 71 de 1988, además, se equivocó el Juzgado de primera instancia al considerar los períodos que el actor echa de menos en su demanda, en tanto no existe prueba de los extremos de la relación laboral que sostuvo con el respectivo empleador. Por lo anterior, solicitó revocar el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:** (i) ¿Si en el presente caso se deben considerar en el conteo de semanas cotizadas, aquellas que echa de menos el demandante en su demanda en relación con el empleador Cerámicas del Sur Ltda., y por ende, si es procedente la reliquidación de su pensión en los términos de la Ley 71 de 1988? (ii) ¿Si la condena en costas impuesta por el Juzgado de primera instancia en contra de Colpensiones debe ser revocada, para en su lugar, absolver a la entidad de la misma?

Calidad de pensionado

Sea lo primero indicar que mediante Resolución 6419 del 3 de abril de 2005, el entonces ISS reconoció una pensión de vejez a favor del actor, en los términos de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, a partir del 8 de junio de 2004, en cuantía inicial de $1.109.005, para lo cual consideró un total de 1.090 semanas y una tasa de reemplazo del 65,12% (fols. 17 y s.s.).

Ahora bien, mediante Resolución SUB 292427 del 19 de diciembre de 2017 (fols. 26 y s.s.), Colpensiones reliquidó la prestación del actor a la luz del Acuerdo 049 de 1990, desde el 3 de noviembre de 2014, en cuantía de $1.787.835, para lo cual consideró 967 semanas, aplicó una tasa de reemplazo del 57% y reconoció las diferencias pensionales causadas hasta el mes de diciembre de 2017, en suma de $5.549.294.

En dicho acto administrativo la encartada reconoció expresamente que el actor es beneficiario del régimen de transición, al igual que incluyó en el conteo de semanas los tiempos servidos por el demandante que echó de menos en su demanda, a favor del Municipio de la Estrella comprendidos entre el 1º de octubre de 1983 y el 31 de diciembre de 1984, así como a favor del Departamento de Antioquia entre el 22 de abril de 1985 y el 5 de abril de 1987 y el Senado de la República (entiéndase Cámara de Representantes) entre el 18 de noviembre de 1992 y el 30 de julio de 1994, que también se corroboran en los certificados obrantes en el expediente administrativo (Cd fol. 135), de manera que no existe controversia sobre las circunstancias anotadas.

De la mora existente respecto de Cerámicas del Sur Ltda.

En punto al problema jurídico relacionado con la consideración de los tiempos de servicios que se echan de menos por el demandante respecto del empleador Cerámicas del Sur Ltda. entre el 1º de junio de 1980 y el 26 de agosto de 1983,

se observa que el Juzgado de primera instancia accedió a su inclusión en el conteo de semanas por considerar que conforme lo ha definido la Corte Constitucional en las sentencias T 920 de 2010, T-855 de 2011 y T-702 de 2008, las administradoras de pensiones deben desplegar sus acciones de cobro en relación con los empleadores en mora, obligación legal que al ser omitida por éstas, no puede ser asumida por el afiliado al Sistema, con la negación de su derecho pensional, lo cual también se encuentra respaldado por la doctrina de la CSJ, como lo apuntó el *a quo*.

Frente a ello, Colpensiones aduce en su recurso de apelación, que la tesis jurisprudencial aplicada por el Juzgado no debe ser considerada en el presente caso, como quiera que, en los casos analizados por las mencionadas Corporaciones, a los demandantes no se les había reconocido la pensión de vejez, ni siquiera en el monto mínimo, lo cual no ocurre en el presente caso, en la medida que al aquí accionante ya se le reconoció la prestación en mención.

Sobre el particular ha de decir la Sala que una vez revisadas las sentencias expresamente referenciadas por el Juzgado (T 920 de 2010, T-855 de 2011 y T-702 de 2008) en efecto las mismas tratan los casos de personas a quienes se les negó su derecho pensional por cuanto no fueron considerados en el conteo de semanas cotizadas algunos períodos respecto de los cuales sus empleadores habían incurrido en mora; no obstante, ha de decir la Sala que ese criterio jurisprudencial también tiene plena aplicación en caso de reliquidaciones pensionales, pues nótese por ejemplo, que en la sentencia SL12453-2015, la CSJ reiteró su doctrina en relación con la mora patronal, para así acceder al reajuste de la pensión de vejez que en ese conflicto solicitó el demandante.

Así, se indicó en dicha oportunidad, *"que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha enseñado que el trabajador afiliado no puede asumir las consecuencias adversas de la omisión de un empleador que no hizo el pago oportuno de las cotizaciones que estaba obligado a sufragar, por cuanto las entidades administradoras de pensiones, como el Instituto de Seguros Sociales, cuentan con mecanismos legales para exigir el pago de tales aportes y no es el afiliado quien debe soportar las consecuencias adversas de tal incumplimiento. Lo anterior porque, como lo dispone el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, corresponde a las entidades administradoras de los regímenes pensionales promover las acciones de cobro por incumplimiento de las obligaciones del empleador. En esa dirección, el artículo 8 del Decreto 1161 de 1994, prevé que las administradoras están en la obligación de verificar la conformidad de los montos aportados con las exigencias legales e informar a los depositantes las inconsistencias que se adviertan con el fin de que efectúen las correcciones pertinentes, lo que se refuerza con lo establecido en el artículo 53 de la referida ley y lo preceptuado en el Decreto 2633 de 1994, sobre el término para los requerimientos, la constitución en mora y la elaboración de la liquidación para iniciar los trámites del proceso ejecutivo."*

Conforme a lo anterior, no merece ninguna duda que en el caso sometido a estudio de la Colegiatura resulta procedente la consideración de los períodos reclamados en relación con el empleador Cerámicas del Sur Ltda., como quiera que de la historia laboral allegada por Colpensiones (fols. 123 y s.s.), se reporta mora entre el 1º de junio de 1980 y el 31 de mayo de 1989, siendo preciso advertir que como la certificación de la empresa en mención indica que el señor Guillermo Rodrigo Restrepo Echeverri prestó sus servicios entre el 9 de marzo de 1977 y el 26 de agosto de 1983 (fol. 56), es procedente tomar los períodos comprendidos

entre el 1º de junio de 1980 y el 26 de agosto de 1983, que equivalen a 115,57 semanas.

De la reliquidación en aplicación de la ley 71 de 1988

Aclarado lo anterior y en punto a la reliquidación deprecada, debe reiterarse que en el presente caso no existe discusión que el demandante es beneficiario del régimen de transición, por lo que procede la Sala a analizar si tiene derecho a que su prestación sea reconocida bajo los parámetros de la Ley 71 de 1988.

Dicha normatividad establece como requisitos en su art. 7º, que se acredite de un lado, el cumplimiento de los **60 años de edad**, los cuales alcanzó el demandante el 29 de mayo de 2004, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1944, según da cuenta la fotocopia de la cédula visible a folio 16, y cuenta además, con más de **20 años de aportes**, específicamente con 21 años y 18 dias, pues así se deduce de las 967 semanas reconocidas por Colpensiones que incluyen los tiempos laborados en el Municipio de la Estrella, el Departamento de Antioquia y la Cámara de Representates, así como de 115,57 semanas adicionales que deben considerarse en relación con el empleador Cerámicas del Sur Ltda. para un total de **1.082,57.**

Por tanto, en principio le asistiría razón al fallador de primera instancia al señalar que el actor tiene derecho a que su prestación se reliquide en los términos de la Ley 71 de 1988, a partir de la fecha de reconocimiento pensional, que lo fue el 8 de junio de 2004.

No obstante, se observa que mediante la Resolución SUB 292427 del 19 de diciembre de 2017, Colpensiones reliquidó la pensión de vejez del demandante a la luz del Acuerdo 049 de 1990, en cuantía **de $1.787.835 para el año 2014**, y si bien se indica en dicho acto administrativo que la misma resulta de aplicar el 57% al IBL de $2.092.174, lo cierto es que en realidad equivale **al 85,45% de dicho IBL**, por manera que si la Sala accediera a la reliquidación reclamada aplicando el **75%** a la luz de la Ley 71 de 1988, incluyendo los tiempos públicos laborados por el actor, así como las semanas reclamadas respecto del empleador Cerámicas del Sur Ltda., se obtendría una mesada para **el año 2014 de $1.569.131**, que como se observa resulta inferior a la que determinó la demandada.

Por tanto, en virtud del principio de favorabilidad, no es procedente acceder al reajuste reclamado, siendo claro que el Juzgado se equivocó al conceder la misma, pues indicó que el monto pensional del año 2004 ascendía a la suma de $1.569.131, el cual como se dijo, en realidad correspondería al año **2014**, según se deduce de la Resolución SUB 292427 del 19 de diciembre de 2017.

Conforme a lo dicho habrá de revocarse la sentencia impugnada para en su lugar absolver a Colpensiones de las pretensiones invocadas en su contra, como se solicita en el recurso de apelación y en los alegatos de conclusión, por lo aquí expuesto, lo cual releva a la Sala de resolver el problema jurídico relacionado

con las costas procesales de primera instancia, en la medida que por virtud de lo aquí resuelto quedarán a cargo de la parte 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 6 de diciembre el 2019 por el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, para en su lugar, absolver a Colpensiones de las pretensiones formuladas en su contra por el señor Guillermo Rodrigo Restrepo Echeverri.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***ANGEL ALBERTO CALDERON CALDERON***
DEMANDADO: ***FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA***
RADICACIÓN: ***11001-3105-004-2019-00276-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA ABSOLUTORIA***
TEMA: ***INDEXACIÓN PRIMERA MESADA PENSIONAL***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARIA CAMILA CAMARGO RUEDA como apoderada del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda ANGEL ALBERTO CALDERON CALDERON instauró demanda ordinaria contra el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LOS FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con el fin de que se le condene a reconocerle y pagarle la indexación de su pensión plena de jubilación con efectividad a partir de la fecha del disfrute efectivo de esa prestación, es decir, desde el 3 de febrero de 2003, junto con las diferencias pensionales y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s).

Como fundamento de sus pretensiones señaló que ostentó la calidad de trabajador oficial durante la relación laboral que lo ató a Ferrocarriles Nacionales de Colombia; que se le reconoció una pensión especial y proporcional de jubilación al tiempo servido a la empresa en mención, sin consideración a la

edad, conforme a los Decretos 895 y 1651 de 1991, con efectividad a partir de la fecha del retiro definitivo, esto es, 4 de junio de 1991; que la liquidación de la prestación tuvo en cuenta el último salario promedio devengado al cual se le aplicó una tasa de reemplazo del 60%; que al arribo de los 50 años de edad, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia le reconoció la pensión plena de jubilación a partir del 2 de febrero de 2003, en un monto de $996.470,47, destacando que no fue indexada la base salarial entre el lapso comprendido entre el retiro definitivo del servicio y la fecha en que causó el derecho.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado
La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado fue notificada en debida forma (fol. 43); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento alguno.

3. Contestación del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia. La entidad demandada contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que conforme a las fechas de reconocimiento de la prestación del actor no transcurrió tiempo significativo que de lugar a la pérdida del poder adquisitivo de su mesada pensional, la cual fue liquidada con base en todos los factores salariales exigidos por la ley y se le ha efectuado la totalidad de los ajustes ordenados por el Gobierno Nacional. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago y compensación. (fols. 53 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia Terminó la primera instancia con sentencia del 20 de febrero de 2020, en la que el *a quo* absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones formuladas por el actor y condenó en costas al demandante. (CD. fol. 94 Mit. 13:50)

Como fundamento de su decisión indicó que al indexar el salario del actor desde la fecha de retiro (1991) hasta el reconocimiento de la pensión plena (2003), se obtiene una suma actualizada de $1.067.097 que al aplicarle una tasa de reemplazo del 75%, se obtiene un valor inicial de $800.322,75, la cual es inferior a la que fue fijada por la demandada en $996.470,47, de manera que la misma se encuentra ajustada a derecho y debidamente indexada.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandante** interpuso recurso de apelación, argumentando que si bien la demandada reconoció y pagó la pensión plena de jubilación desde el año 2003, lo cierto es que la misma jamás fue indexada. Que el salario tomado por el Despacho no fue indexado debidamente desde el año 1991 y hasta 2003, ya que verificando las opraciones matemáticas se obtiene un valor mayor al definido por la encartada, por lo que el Tribunal debe constatar la operación, teniendo en cuenta el IBL de $208.011,16. (C.D. fol. 94 Min. 20:07).

6. Alegatos demandante. Solicitó dar aplicación a la sentencia de tutela STL8316-2015 del 24 de junio de 2015, en tanto en ella se estableció que la pensión proporcional temporal es distinta a la pensión de jubilación y vitalicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Si se equivocó el Juzgado de primera instancia al negar la indexación del salario base de liquidación de la pensión plena de jubilación reconocida al demandante, desde la fecha en que finalizó su contrato de trabajo y la fecha en que cumplió los 50 años?

DE LA INDEXACIÓN RECLAMADA

En cuanto al problema jurídico relacionado con la indexación del salario base de liquidación de la pensión plena de jubilación del demandante sea lo primero indicar que se encuentra demostrado en el proceso que a éste se le reconoció inicialmente una pensión especial y proporcional de jubilación por haber laborado 15 años o más de servicios a favor de la empresa de FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA conforme lo establecido en el artículo 7° del Decreto 895 de 1991, mediante la Resolución Nº 0394 del 27 de mayo de 1991, la cual le fue liquidada con una tasa de reemplazo del 58% del salario promedio devengado en los últimos 6 meses de servicio, a partir del 4 de junio de 1991 (fecha de retiro) en cuantía de $120.646,48 como se deduce de las documentales vistas a folios 26 a 31 del expediente.

Adicionalmente en el acto administrativo en mención, se indicó que *"Es entendido que el beneficiario de la presente prestación tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes, al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres"*, lo cual se encuentra consagrado en el artículo 3º del Decreto 895 de 1991 modificado por el artículo 3º del Decreto 1651 de 1991.

Igualmente se encuentra acreditado en el expediente que una vez el demandante cumplió los 50 años, la accionada procedió a reconocerle la pensión plena de jubilación mediante la Resolución Nº 629 del 2 de abril de 2003, a partir del 2 de febrero del mismo año en cuantía de $996.470,47. (fol. 30 y s.s.)

Definido lo anterior, considera la Sala pertinente advertir que el artículo 7º del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3º del Decreto 1651 de 1991, fuente jurídica de donde emana el derecho a la pensión reconocida al actor, estableció lo siguiente:

> *"Los empleados oficiales que a la fecha de vigencia del presente Decreto o durante el término de liquidación de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia tuvieren quince (15) o más años de servicio en la Empresa,* ***tendrán derecho sin consideración a su edad, a una Pensión de Jubilación proporcional correspondiente al tiempo de servicio, así:***

a) Quince (15) años de servicio, cincuenta y seis por ciento (56%) del salario promedio.
b) Dieciséis (16) años de servicio, cincuenta y ocho por ciento (58%) del salario promedio.
c) Diecisiete (17) años de servicio, sesenta por ciento (60%) del salario promedio.
(…)
El empleado que se pensione acogiéndose a este régimen tendrá derecho a la pensión de jubilación ordinaria del setenta y cinco por ciento (75%) del salario promedio devengado en los últimos seis (6) meses de servicio, con los reajustes anuales pertinentes al cumplir cincuenta (50) años de edad los hombres y las mujeres.

Parágrafo. Igualmente tendrán derecho a las pensiones establecidas en el presente artículo, los empleados oficiales que hubieren prestado quince (15) años o más de servicio continuos o discontinuos en el sector oficial, diez (10) de los cuales por lo menos en la empresa, proyectados hasta el 17 de julio de 1992, y tengan una edad superior a cincuenta (50) años."

De la lectura de la anterior normatividad, no se puede perder de vista que la pensión de jubilación que se le reconoció inicialmente al demandante con base en el artículo 7° del Decreto del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3º del Decreto 1651 de 1991, **desde la misma fecha de su retiro**, no comporta una pensión diferente a la pensión plena de jubilación que se le concedió con posterioridad, a partir del cumplimiento de los 50 años de edad, de donde emerge que NO se requiera actualización alguna de la base salarial tomada para la pensión, pues se advierte que entre la fecha de la finalización del contrato de trabajo con la empresa Ferrocarriles Nacionales de Colombia y el pago de la pensión vitalicia de jubilación inicialmente reconocida, no transcurrió periodo alguno en el que se pueda hablar de una evidente pérdida del poder adquisitivo del salario que se tomó para calcular el valor de la prestación.

Lo anteriormente expuesto se soporta en lo manifestado por la CSJ, pues dicha Corporación desde las sentencias 31238 del 19 de septiembre del 2007 y la 34009 del 7 de octubre del 2008, en las cuales al dar alcance al artículo 7º del Decreto 895 de 1991, modificado por el artículo 3º del Decreto 1651 de 1991, indicó que, si bien dicha norma distinguió dos pensiones, no lo hizo en trantádose de la pensión propocional y la pensión plena. Así, nótese que se refirió a la primera de las prestaciones, para los servidores públicos que a la fecha de vigencia del decreto (8 de abril de 1991) o hasta que culmine el proceso de liquidación de la entidad (17 de julio de 1992) tengan servicios prestados exclusivamente a la empresa por 15 años o más de servicios , quienes tendrán derecho a ella en los porcentajes señalados de acuerdo con el tiempo de servicios superior a dicho número, para lo cual no se necesita el requisito de la edad; igualmente, se refirió a la segunda pensión, esto es, la señalada por el parágrafo, para los servidores que acumulen servicios prestados a otras entidades y lleven 15 años o más de servicios, de los cuales 10 por lo menos hayan sido laborados en la empresa, proyectados hasta el 17 de julio de 1992 y tengan una edad de 45 años.

Conforme a lo anterior, no puede la Sala considerar la sentencia de tutela allegada por la parte demandante en sus alegatos de conclusión (STL8316-2015), en primer lugar porque no se trata de una decisión en la que se analice un caso de iguales situaciones fácticas al *examine*, pues en aquella oportunidad se estudia la procedencia de la acción de tutela contra el auto que aprueba la liquidación del crédito, y en segundo lugar, porque la CSJ no tiene establecido como criterio jurisprudencial que la pensión proporcional de jubilación reajustada al 75% del salario cuando el pensionado cumpliere 50 años de servicios, diera paso a dos pensiones diferentes, según se deduce de las decisiones proferidas por la Corporación que se acaban de referir y de la sentencia del 7 de noviembre de 2012, radicado 42807.

En ese sentido, reitera la Sala que no es procedente la indexación de la primera mesada pensional del actor, en tanto que entre la fecha de su retiro y del reconocimiento de su pensión especial proporcional no transcurrió período alguno en el que se pueda hablar de una pérdida del poder adquisitivo del salario que se tomó para calcular el valor de la prestación, que en este caso lo fue de $208.011,16 como se deduce de los antecedentes de la Resolución 629 del 2 de abril del 2003 (fols. 30 y s.s.), amén que como bien lo indicó la demandada en la respuesta dada al demandante en su solicitud de indexación de la primera mesada pensional, mediante la Resolución 5720 del 19 de diciembre de 2012, obrante en el expediente administrativo (CD fol. 63), cuando se reconoció la pensión plena en un 75% del salario una vez cumplió sus 50 años, dicho salario ya venía reajustado con el derecho pensional reconocido, esto es, la pensión especial de jubilación.

En ese orden, la demandada ha reconocido en debida forma la pensión plena de jubilación al demandante, pues nótese por ejemplo que si ésta se hubiere concedido desde la misma fecha de retiro, que lo fue el 4 de junio de 1994, de igual manera equivaldría a la suma concedida por la encartada de $996.470.47 para el año 2003, incluidos los reajustes legales anuales, tal y como se advierte en la liquidación anexa.

Reajustes anuales mesada pensión plena		
Año	**Incremento legal**	**Valor mesada al 75% del salario promedio**
1991		$ 156.008
1992	26,04%	$ 196.639
1993	25,03%	$ 245.867
1994	21,09%	$ 297.720
1995	22,59%	$ 364.975
1996	19,46%	$ 436.000
1997	21,64%	$ 530.350
1998	17,68%	$ 624.116
1999	16,70%	$ 728.343
2000	9,23%	$ 795.569
2001	8,75%	$ 865.181
2002	7,65%	$ 931.368
2003	6,99%	$ 996.470

Así las cosas, acertó el Juzgado de primera instancia al negar la indexación de la base salarial de la pensión plena de jubiliacón del actor, pero por las razones

aquí expuestas, dado que en el caso objeto de estudio, no hay lugar a aplicar la fórmula de indexación definida por la CSJ y la Corte Constitucional, al no darse las condiciones establecidas por dichas Corporaciones para ello, toda vez que admitir un reajuste como el solicitado en la demanda, implicaría desconocer que el salario base de las pensiones que le fue concedida al actor, se encontraba actualizado e implicaría una doble o adicional actualización que no es admitida por la Ley.

Colofón de lo dicho no queda otro camino que confirmar la decisión impugnada.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 20 de febrero de 2020 por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, pero por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes en estrados,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JOSE GELACIO GAMEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***13-2019-00011-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INCREMENTOS DEL 14%***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge o compañera permanente a cargo, junto con la indexación de los incrementos adeudados, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no acreditaron los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 y que los incrementos deprecados se encuentran prescritos. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, buena fe, prescripción y declaratoria de otras excepciones.

4. Fallo de primera instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 12 de junio del 2019 en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas al actor. (C.D. fol. 44 Min. 34:33).

Como sustento de su decisión indicó que acoge la postura de la Corte Constitucional establecida en la sentencia SU 140 de 2019, en virtud de la cual los incrementos por personas a cargo fueron orgánicamente derogados por la Ley 100 de 1993, que en todo caso no tiene aplicación sobre los derechos adquiridos a la entrada en vigor de dicha norma, por lo tanto como el actor adquirió su derecho pensional desde el 1º de julio de 2005, ya no se encontraba en el régimen anterior y por ende no le asiste el derecho a este incremento.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la CSJ órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral, ha mantenido una doctrina probable respecto de la vigencia de los incrementos por persona a cargo y si bien la Corte Constitucional asumió una postura diferente en sentencia de unificación, la misma presentó 4 salvamentos de voto y en todo caso no dijo nada sobre el tema de la prescriptibilidad del derecho. (C.D. fol.44 Min. 45:22).

6. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020) Manifestó básicamente que los incrementos pensionales reclamados se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción, y en caso de no acogerse esta tesis, debe darse aplicación a lo definido en la sentencia SU 140 de 2019, en la cual se indicó que a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, los incrementos fueron objeto de una derogatoria orgánica.

7. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020) Manifestó que acredita los presupuestos para gozar del derecho al incremento pensional reclamado y que no es posible aplicar retroactivamente la sentencia SU 140 de 2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en determinar si los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes; en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario.

Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo

Respecto al problema jurídico relacionado con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían

desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición

como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina Constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor:

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
JOSÉ GELACIO GAMEZ	Resolución 015834 del 28 de abril de 2006	01 de julio de 2005	$2.030.129 (fl. 13)

A quien se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, como acertadamente lo señaló la entidad en mención en sus alegatos de conclusión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 12 de junio del 2019 por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá**,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***NOHRA SANABRIA GRANDISON***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***03-2018-00231-01***
ASUNTO:	***CONSULTA EN FAVOR DE LA DEMANDANTE***
TEMA:	***INCREMENTOS DEL 14%***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo, junto con la indexación de los incrementos adeudados, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no acreditaron los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 y que los incrementos deprecados se encuentran prescritos. Propusieron como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones.

4. Fallo de primera instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 13 de febrero de 2019, en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la actora. (C.D. fol. 45 Min. 37:52).

Como sustento de su decisión indicó que contrario a lo afirmado por la parte actora en sus alegatos de conclusión, conforme a la sentencia T-456 de 2018, proferida por la Corte Constitucional, los incrementos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, fueron derogados. Que no se acreditó la dependencia económica del compañero de la actora,

pues al proceso solo concurrieron como declarantes la demandante y su pareja, quienes tienen interés en el presente caso. Que en el *examine* ha operado la excepción de prescripción.

5. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020) Manifestó básicamente que la parte actora no acreditó las circunstancias por las cuales invocó el derecho. Además, dijo que la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 decretó la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales a partir del 1º de abril de 1994, excepto para aquellos afiliados que consolidaron su derecho antes de la fecha en mención. Por tanto, solicitó confirmar la decisión consultada.

6. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020) Manifestó básicamente que la dependencia económica exigida por el Acuerdo 049 de 1990 se presume por la existencia del vínculo que une a la demandante con su compañero, y que la Ley 100 de 1993 no derogó expresa ni tácitamente los incrementos por personas a cargo. Finalmente, dijo que la demandada al resolver la reclamación del 14% no hizo pronunciamiento alguno sobre la prescripción, por lo que renunció a esa prerrogativa no pudiendo alegarla en el proceso ordinario.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en determinar si los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes; en caso afirmativo, si la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiaria.

Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo

Respecto al problema jurídico relacionado con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables,

adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de**

transición, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina Constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionada de la señora:

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
NOHORA SANABRIA GRANDISON	Resolución 036649 del 31 de octubre de 2005	01 de noviembre de 2005	$424.789 (fl. 9)

A quien se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiaria del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, como acertadamente lo señaló la entidad en mención en sus alegatos de conclusión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 13 de febrero de 2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MIGUEL ANTONIO FIGUEROA SÀNCHEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***24-2017-00539-01***
ASUNTO:	***CONSULTA EN FAVOR DE LA DEMANDADA***
TEMA:	***INCREMENTOS DEL 14%***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. ASTRID JASBLEYDE CAJIAO ACOSTA como apoderada sustituta de COPLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge o compañera permanente a cargo, junto con la indexación de los incrementos adeudados, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no acreditaron los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 y que los incrementos deprecados se encuentran prescritos. Propuso como excepciones de fondo las de buena fe, violación al principio constitucional de sostenibilidad del sistema, prescripción y declaratoria de otras excepciones.

4. Fallo de primera instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 6 de marzo del 2019, en la que el Juzgado condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del actor el incremento del 14% por cónyuge a cargo, a partir del 12 de agosto de 2016, junto con el retroactivo pensional y la indexación, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada. (C.D. fol. 50 Min. 32:29).

Como sustento de su decisión indicó que conforme a lo definido por la CSJ los incrementos por personas a cargo se encuentran vigentes más allá de la Ley 100 de 1993. Que se demostró que la señora Emilia Elías Carrizosa es cónyuge del demandante, que depende económicamente de éste y que no percibe pensión ni renta alguna. Que no se encuentra probada la excepción de prescripción.

5. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020) Manifestó básicamente que los incrementos pensionales reclamados sufrieron una derogatoria orgánica al entrar en vigor la Ley 100 de 1993, en tanto que el régimen de transición únicamente respeta la edad, el tiempo de servicios o el número de semanas cotizadas y la tasa de reemplazo, lo cual se encuentra acorde con la indicado en las sentencias C-168 de 1995, C-258 de 2013, SU 230 de 2015, SU 395 de 2017 y SU 140 de 2019. Además, dijo que en el presente caso se encuentra probada la excepción de prescripción. Por tanto, solicitó revocar la decisión consultada.

6. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020) Solicitó apartarse de la sentencia SU 140 de 2019, en tanto que en ella se abordó un tema que no era de la competencia de la Corte Constitucional, sino del Consejo de Estado, en los términos del numeral 2º del artículo 237 de la CP; además, adujo que debe mantenerse la línea jurisprudencial de la imprescriptibilidad de los incrementos pensionales establecida en las sentencias T-381 de 2014, T-369 de 2015 y T-088 de 2018. Finalmente, señaló que en caso de emitirse fallo absolutorio, no se imponga condena en costas, en virtud del principio de buena fe.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en determinar si los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes; en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiaria.

Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo

Respecto al problema jurídico relacionado con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos

para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina Constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor:

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
MIGUEL ANTONIO FIGUEROA SÁNCHEZ	Resolución GNR 332700 del 09 de noviembre de 2016	12 de agosto de 2016	$5.488.306 (fls. 66 y s.s.)

A quien se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, como acertadamente lo señaló la entidad en mención en sus alegatos de conclusión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 6 de marzo de 2019 por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá**,** para en su lugar, absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera instancia a cargo del demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***FRANCISCO RODRÍGUEZ VARGAS***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***19-2017-00213-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA: ***INCREMENTOS DEL 14%***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge o compañero permanente a cargo, junto con la indexación de los incrementos adeudados, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no acreditaron los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 y que los incrementos deprecados se encuentran prescritos. Propusieron como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

4. Fallo de primera instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 27 de marzo del 2019, en la que el Juzgado condenó a la demandada a reconocerle y pagarle al demandante la pensión de vejez con los incrementos pensionales desde el 1º de diciembre de 2014, por su cónyuge, debidamente indexados, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada. (C.D. fol. 101 Min. 09:33).

Como sustento de su decisión indicó que el incremento del 14% se encuentra vigente aun después de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Que, de las pruebas documentales y testimoniales recaudadas en el proceso, se tiene que la cónyuge del actor convive con éste y depende económicamente de él, no percibe pensión ni renta alguna. Que no prosperan las tachas formuladas por los testigos, en tanto se tratan de familiares que tienen conocimiento directo de la convivencia y la dependencia económica de la pareja. Que no se encuentra probada la excepción de prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **parte demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que los incrementos por persona a cargo fueron derogados de manera tácita por el artículo 289 de la Ley 100 de 1993, por lo que es evidente la inexistencia del derecho reclamado. (C.D. fol. 141 Min. 24:40).

6. Alegatos demandante. Indicó que al ser pensionado a la luz del Acuerdo 049 de 1990, tiene derecho al incremento del 14%, en la medida que acreditó los requisitos para el efecto. Agregó que la nueva jurisprudencia emitida sobre la materia tiene efectos hacia el futuro y no puede aplicarse para desconocer derechos consolidados con anterioridad, en pro de salvaguardar la confianza legítima de los ciudadanos.

7. Alegatos Colpensiones. Manifestó que la Ley 100 de 1993 nada dispuso respecto al reconocimiento del 14% por cónyuge o compañera a cargo y que debe darse aplicación a la sentencia SU 140 de 2019 proferida por la Corte Constitucional.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El problema jurídico a resolver consiste en determinar si los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario.

Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo

Respecto al problema jurídico relacionado con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida

norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación que, si bien la Ley 100 de 1993 **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición

como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina Constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del (la) señor(a):

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
FRANCISCO RODRÍGUEZ VARGAS	Resolución GNR 205266 del 09 de julio de 2015	01 de diciembre de 2014	$616.000 (fls. 27 y s.s.)

A quien se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, como lo indicó la entidad en su recurso de apelación y en sus alegatos de conclusión.

En mérito de lo expuesto, la sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 27 de marzo de 2019 por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar absolver a COLPENSIONES de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo del demandante.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***FERNANDO MENDEZ ORJUELA***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***03-2018-00588-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INCREMENTOS DEL 14%***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le reconozca y pague el incremento del 14% por cónyuge o compañera permanente a cargo, junto con la indexación de los incrementos adeudados, los intereses moratorios, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que no acreditaron los requisitos exigidos en el Acuerdo 049 de 1990 y que los incrementos deprecados se encuentran prescritos. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, pago y declaratoria de otras excepciones.

4. Fallo de primera instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 8 de mayo del 2019, en la que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (C.D. fol. 49 Min. 12:59).

Como sustento de su decisión indicó que en el presente caso no se encontró probada la dependencia económica de la cónyuge del actor, pues el certificado en donde dice que ésta es su beneficiara en salud, es un mero indicio de ello, y el testimonio recaudado en el proceso no logra indicar con precisión y claridad las circunstancias de tiempo modo y

lugar, en virtud de las cuales le consta esa dependencia económica. Que desde la sentencia T-456 de 2018, la Corte Constitucional ya había establecido que el incremento a cargo fue derogado con la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Que los incrementos pueden verse afectados por el fenómeno de la prescripción, según lo ha establecido la CSJ, lo cual en efecto ocurrió en el presente caso.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que la suma de varios indicios constituye plena prueba de dependencia económica de la cónyuge del actor. Que existe certificado del sistema de salud, en el que se indica que la cónyuge del demandante es su beneficiara. Que ha operado una presunción sobre el núcleo familiar que no fue desvirtuado por Colpensiones. Que la CSJ ha establecido un precedente por más de 10 años sobre la vigencia de los incrementos por persona a cargo. Que el incremento reclamado tiene un fin constitucional, cual es mejorar la calidad de vida del pensionado y su familia.

6. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020) Manifestó básicamente que la parte actora no acreditó las circunstancias por las cuales invocó el derecho. Además, dijo que la Corte Constitucional en la sentencia SU 140 de 2019 decretó la derogatoria orgánica de los incrementos pensionales a partir del 1º de abril de 1994, excepto para aquellos afiliados que consolidaron su derecho antes de la fecha en mención. Por tanto, solicitó confirmar la decisión impugnada.

7. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020) Manifestó que acredita los presupuestos para gozar del derecho al incremento pensional reclamado y que no es posible aplicar retroactivamente la sentencia SU 140 de 2019.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en determinar si los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes; en caso afirmativo, si el demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario.

Vigencia de Los Incrementos por Personas a cargo

Respecto al problema jurídico relacionado con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez** se **incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria de esta Sala, **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos

para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación que, si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dadiva legal, lo cierto es que al haberse efectuado una **regulación integral en materia de seguridad social**, reglamentando de modo exhaustivo sus diferentes componentes en el ámbito nacional, en torno a la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos, prestaciones, unificación de normatividad y planeación de la seguridad social, como se deprende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario,** pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina Constitucional

Adicionalmente debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entro otras, en la sentencia C-973 de 2004 y en tanto, es dicha autoridad la llamada a unificar la jurisprudencia nacional, respeto que materializa los principios de igualdad, supremacía de la Constitución, debido proceso, confianza legítima, cosa juzgada y seguridad jurídica, especialmente en tratándose de decisiones unificatorias emitidas por el pleno de esa corporación, que tienen un valor preponderante aún ante la existencia de otros órganos que tienen la función de unificar jurisprudencia, como se expuso en proveídos C-621 de 2015 y T-109 de 2019.

Caso concreto

En el caso concreto, sea lo primero advertir que, no existe discusión respecto del estatus de pensionado del señor:

Nombre pensionado	# Resolución	A partir de	Cuantía inicial
FERNANDO MÉNDEZ ORJUELA	Resolución 029055 del 29 de junio de 2007	01 de julio de 2007	$483.895 (fl. 18)

A quien se le reconoció la pensión de vejez por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa, siguiendo los derroteros expuestos, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, como bien lo señaló la entidad en mención en sus alegatos de conclusión.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la república de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 08 de mayo de 2019 por el Juzgado 3º Laboral del Circuito de Bogotá**,** por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO
RADICADO: 11001310502420183960 1
DEMANDANTE : MARTHA SANCHEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2017, aplicando el 10,82% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	***x***
	Otros	

Promedio Salarial Anual

Año 1982

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/02/82	***28/02/82***	*28*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 13.636*		
01/03/82	***31/03/82***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097*		
01/04/82	***30/04/82***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610*		
01/05/82	***31/05/82***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097*		
01/06/82	***30/06/82***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610*		
01/07/82	***31/07/82***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097*		
01/08/82	***31/08/82***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097*		
01/09/82	***30/09/82***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610*		
01/10/82	***31/10/82***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097*		
01/11/82	***30/11/82***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610*		
Total días		*303*			*$ 147.561*	*$ 487*	***$ 14.610***

Año 1984

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
19/06/84	***30/06/84***	*12*	*25.530,00*	*851,00*	*$ 10.212*		
01/07/84	***30/07/84***	*30*	*25.530,00*	*851,00*	*$ 25.530*		
01/08/84	***31/08/84***	*31*	*25.530,00*	*851,00*	*$ 26.381*		
01/09/84	***30/09/84***	*30*	*25.530,00*	*851,00*	*$ 25.530*		
01/10/84	***31/10/84***	*31*	*25.530,00*	*851,00*	*$ 26.381*		
01/11/84	***30/11/84***	*30*	*25.530,00*	*851,00*	*$ 25.530*		
Total días		*164*			*$ 139.564*	*$ 851*	***$ 25.530***

Año 1989

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/89	***31/01/89***	*31*	*58.859,00*	*1.961,97*	*$ 60.821*		
01/02/89	***28/02/89***	*28*	*143.447,00*	*4.781,57*	*$ 133.884*		
01/03/89	***31/03/89***	*31*	*143.447,00*	*4.781,57*	*$ 148.229*		
01/04/89	***14/04/89***	*14*	*143.447,00*	*4.781,57*	*$ 66.942*		
15/04/89	***30/04/89***	*16*	*81.497,00*	*2.716,57*	*$ 43.465*		
01/05/89	***31/05/89***	*31*	*81.497,00*	*2.716,57*	*$ 84.214*		
01/06/89	***07/06/89***	*7*	*58.859,00*	*1.961,97*	*$ 13.734*		
01/08/89	***31/08/89***	*31*	*58.859,00*	*1.961,97*	*$ 60.821*		
01/09/89	***30/09/89***	*30*	*58.859,00*	*1.961,97*	*$ 58.859*		
01/10/89	***31/10/89***	*31*	*58.859,00*	*1.961,97*	*$ 60.821*		
01/11/89	***30/11/89***	*30*	*58.859,00*	*1.961,97*	*$ 58.859*		
01/12/89	***24/12/89***	*24*	*45.125,00*	*1.504,17*	*$ 36.100*		
Total días		*304*			*$ 826.748*	*$ 2.720*	***$ 81.587***

Año 1990

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
07/02/90	***28/02/90***	*22*	*44.923,00*	*1.497,43*	*$ 32.944*		
01/03/90	***31/03/90***	*31*	*56.154,00*	*1.871,80*	*$ 58.026*		
01/04/90	***30/04/90***	*30*	*56.154,00*	*1.871,80*	*$ 56.154*		
01/05/90	***31/05/90***	*31*	*56.154,00*	*1.871,80*	*$ 58.026*		
01/06/90	***06/06/90***	*6*	*56.130,00*	*1.871,00*	*$ 11.226*		
Total días		*120*			*$ 216.375*	*$ 1.803*	***$ 54.094***

Año 1994

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/04/94	***30/04/94***	*30*	*100.666,00*	*3.355,53*	*$ 100.666*		
01/05/94	***31/05/94***	*30*	*100.666,00*	*3.355,53*	*$ 100.666*		
01/06/94	***30/06/94***	*30*	*100.666,00*	*3.355,53*	*$ 100.666*		
Total días		*90*			*$ 301.998*	*$ 3.356*	***$ 100.666***

Año 1996

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/96	***22/01/96***	*22*	*120.000,00*	*5.454,55*	*$ 163.636*		
01/02/96	***29/02/96***	*30*	*480.000,00*	*16.000,00*	*$ 480.000*		
01/03/96	***31/03/96***	*30*	*480.000,00*	*16.000,00*	*$ 480.000*		

01/04/96	**30/04/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/05/96	**31/05/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/06/96	**30/06/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/07/96	**31/07/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/08/96	**31/08/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/09/96	**30/09/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/10/96	**31/10/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/11/96	**30/11/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
01/12/96	**31/12/96**	30	480.000,00	16.000,00	$ 480.000		
Total días		352			$ 5.443.636	$ 15.465	**$ 463.946**
Año 1997							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/97	**31/01/97**	30	315.000,00	10.500,00	$ 315.000		
01/02/97	**28/02/97**	30	630.000,00	21.000,00	$ 630.000		
01/03/97	**31/03/97**	30	630.000,00	21.000,00	$ 630.000		
01/04/97	**30/04/97**	30	630.000,00	21.000,00	$ 630.000		
01/05/97	**31/05/97**	30	630.000,00	21.000,00	$ 630.000		
01/06/97	**30/06/97**	30	607.000,00	20.233,33	$ 607.000		
01/07/97	**31/07/97**	30	600.000,00	20.000,00	$ 600.000		
Total días		210			$ 4.042.000	$ 19.248	**$ 577.429**
Año 1998							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/98	**16/01/98**	16	400.000,00	25.000,00	$ 750.000		
01/02/98	**28/02/98**	30	750.000,00	25.000,00	$ 750.000		
01/03/98	**31/03/98**	30	1.003.214,00	33.440,47	$ 1.003.214		
01/04/98	**30/04/98**	30	834.000,00	27.800,00	$ 834.000		
01/05/98	**31/05/98**	30	922.837,00	30.761,23	$ 922.837		
01/06/98	**30/06/98**	30	903.083,00	30.102,77	$ 903.083		
01/07/98	**01/07/98**	1	189.800,00	189.800,00	$ 5.694.000		
Total días		167			$ 10.857.134	$ 65.013	**$ 1.950.383**
Año 2000							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/10/00	**31/10/00**	30	276.000,00	9.200,00	$ 276.000		
01/11/00	**15/11/00**	15	345.000,00	23.000,00	$ 690.000		
Total días		45			$ 966.000	$ 21.467	**$ 644.000**
Año 2001							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/01	**16/01/01**	16	403.181,00	25.198,81	$ 755.964		
01/02/01	**28/02/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/03/01	**31/03/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/04/01	**30/04/01**	30	896.659,00	29.888,63	$ 896.659		
01/05/01	**31/05/01**	30	926.058,00	30.868,60	$ 926.058		
01/06/01	**30/06/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/07/01	**31/07/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/08/01	**31/08/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/09/01	**30/09/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/10/01	**31/10/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/11/01	**30/11/01**	30	806.363,00	26.878,77	$ 806.363		
01/12/01	**31/12/01**	30	403.181,00	13.439,37	$ 403.181		
Total días		346			$ 9.432.766	$ 27.262	**$ 817.870**
Año 2003							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/03	**16/01/03**	16	430.000,00	26.875,00	$ 806.250		
01/02/03	**28/02/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/03/03	**31/03/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/04/03	**30/04/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/05/03	**31/05/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/06/03	**30/06/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/07/03	**31/07/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/08/03	**31/08/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/09/03	**30/09/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/10/03	**31/10/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/11/03	**30/11/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
01/12/03	**31/12/03**	30	860.000,00	28.666,67	$ 860.000		
Total días		346			$ 10.266.250	$ 29.671	**$ 890.137**
Año 2004							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/04	**29/02/04**	30	903.000,00	30.100,00	$ 903.000		
01/03/04	**31/03/04**	30	903.000,00	30.100,00	$ 903.000		
01/04/04	**30/04/04**	30	903.000,00	30.100,00	$ 903.000		
01/05/04	**31/05/04**	30	903.000,00	30.100,00	$ 903.000		
01/06/04	**30/06/04**	30	903.000,00	30.100,00	$ 903.000		
01/08/04	**14/08/04**	13	770.000,00	59.230,77	$ 1.776.923		

01/09/04	**30/09/04**	30	1.650.000,00	55.000,00	$ 1.650.000		
01/10/04	**31/10/04**	28	1.650.000,00	58.928,57	$ 1.767.857		
01/11/04	**30/11/04**	18	1.650.000,00	91.666,67	$ 2.750.000		
01/12/04	**31/12/04**	19	1.650.000,00	86.842,11	$ 2.605.263		
Total días		258			$ 15.065.043	$ 58.392	**$ 1.751.749**
Año 2005							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/05	**31/01/05**	29	1.650.000,00	56.896,55	$ 1.706.897		
01/02/05	**28/02/05**	29	1.650.000,00	56.896,55	$ 1.706.897		
01/03/05	**31/03/05**	30	1.650.000,00	55.000,00	$ 1.650.000		
01/04/05	**30/04/05**	30	1.650.000,00	55.000,00	$ 1.650.000		
01/05/05	**31/05/05**	30	1.650.000,00	55.000,00	$ 1.650.000		
01/06/05	**30/06/05**	30	1.650.000,00	55.000,00	$ 1.650.000		
01/07/05	**31/07/05**	16	880.000,00	55.000,00	$ 1.650.000		
Total días		194			$ 11.663.793	$ 60.123	**$ 1.803.679**
Año 2010							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/10	**28/02/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/03/10	**31/03/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/04/10	**30/04/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/05/10	**31/05/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/06/10	**30/06/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/07/10	**31/07/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/08/10	**31/08/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/09/10	**30/09/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/10/10	**31/10/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/11/10	**30/11/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
01/12/10	**31/12/10**	30	1.300.000,00	43.333,33	$ 1.300.000		
Total días		330			$ 14.300.000	$ 43.333	**$ 1.300.000**
Año 2011							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/11	**31/01/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/02/11	**28/02/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/03/11	**31/03/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/04/11	**30/04/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/05/11	**31/05/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/06/11	**30/06/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/07/11	**31/07/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/08/11	**31/08/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/09/11	**30/09/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/10/11	**31/10/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/11/11	**30/11/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
01/12/11	**31/12/11**	30	1.352.000,00	45.066,67	$ 1.352.000		
Total días		360			$ 16.224.000	$ 45.067	**$ 1.352.000**
Año 2012							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/12	**31/01/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/02/12	**29/02/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/03/12	**31/03/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/04/12	**30/04/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/05/12	**31/05/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/06/12	**30/06/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/07/12	**31/07/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/08/12	**31/08/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/09/12	**30/09/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/10/12	**31/10/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/11/12	**30/11/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
01/12/12	**31/12/12**	30	1.406.000,00	46.866,67	$ 1.406.000		
Total días		360			$ 16.872.000	$ 46.867	**$ 1.406.000**
Año 2013							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/13	**31/01/13**	30	1.462.000,00	48.733,33	$ 1.462.000		
01/02/13	**28/02/13**	30	1.796.050,00	59.868,33	$ 1.796.050		
01/03/13	**31/03/13**	30	2.051.500,00	68.383,33	$ 2.051.500		
01/04/13	**30/04/13**	30	2.056.000,00	68.533,33	$ 2.056.000		
01/05/13	**31/05/13**	30	2.051.500,00	68.383,33	$ 2.051.500		
01/06/13	**30/06/13**	30	2.988.000,00	99.600,00	$ 2.988.000		
01/07/13	**31/07/13**	30	1.462.000,00	48.733,33	$ 1.462.000		
01/08/13	**31/08/13**	30	2.056.000,00	68.533,33	$ 2.056.000		
01/09/13	**30/09/13**	30	2.734.000,00	91.133,33	$ 2.734.000		
01/10/13	**31/10/13**	30	3.163.000,00	105.433,33	$ 3.163.000		
01/11/13	**30/11/13**	30	2.854.000,00	95.133,33	$ 2.854.000		
01/12/13	**31/12/13**	30	2.051.500,00	68.383,33	$ 2.051.500		
Total días		360			$ 26.725.550	$ 74.238	**$ 2.227.129**
Año 2014							

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/14	28/02/14	30	1.183.000,00	39.433,33	$ 1.183.000		
01/03/14	31/03/14	30	2.390.000,00	79.666,67	$ 2.390.000		
01/04/14	30/04/14	30	2.464.000,00	82.133,33	$ 2.464.000		
01/05/14	31/05/14	30	2.424.000,00	80.800,00	$ 2.424.000		
01/06/14	30/06/14	30	1.697.000,00	56.566,67	$ 1.697.000		
01/08/14	31/08/14	30	1.358.000,00	45.266,67	$ 1.358.000		
01/09/14	30/09/14	30	2.158.000,00	71.933,33	$ 2.158.000		
01/10/14	31/10/14	30	1.818.000,00	60.600,00	$ 1.818.000		
01/11/14	30/11/14	30	1.915.000,00	63.833,33	$ 1.915.000		
01/12/14	31/12/14	30	776.000,00	25.866,67	$ 776.000		
Total días		300			$ 18.183.000	$ 60.610	**$ 1.818.300**
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/15	28/02/15	30	1.067.000,00	35.566,67	$ 1.067.000		
01/03/15	31/03/15	30	1.746.000,00	58.200,00	$ 1.746.000		
01/04/15	30/04/15	30	1.963.000,00	65.433,33	$ 1.963.000		
01/05/15	31/05/15	30	2.061.000,00	68.700,00	$ 2.061.000		
01/06/15	30/06/15	30	1.156.000,00	38.533,33	$ 1.156.000		
01/08/15	31/08/15	28	754.000,00	26.928,57	$ 807.857		
01/09/15	30/09/15	30	1.924.466,67	64.148,89	$ 1.924.467		
01/10/15	31/10/15	30	1.836.800,00	61.226,67	$ 1.836.800		
01/11/15	30/11/15	30	1.885.000,00	62.833,33	$ 1.885.000		
01/12/15	31/12/15	30	679.000,00	22.633,33	$ 679.000		
Total días		298			$ 15.126.124	$ 50.759	**$ 1.522.764**
Año 2016							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/16	29/02/16	30	689.000,00	22.966,67	$ 689.000		
01/03/16	31/03/16	30	1.257.000,00	41.900,00	$ 1.257.000		
01/04/16	30/04/16	30	1.759.000,00	58.633,33	$ 1.759.000		
01/05/16	31/05/16	30	2.918.000,00	97.266,67	$ 2.918.000		
01/06/16	30/06/16	30	1.475.000,00	49.166,67	$ 1.475.000		
01/08/16	31/08/16	30	1.026.000,00	34.200,00	$ 1.026.000		
01/09/16	30/09/16	30	2.501.000,00	83.366,67	$ 2.501.000		
01/10/16	31/10/16	30	2.694.000,00	89.800,00	$ 2.694.000		
01/11/16	30/11/16	30	2.533.000,00	84.433,33	$ 2.533.000		
01/12/16	31/12/16	30	1.058.000,00	35.266,67	$ 1.058.000		
Total días		300			$ 17.910.000	$ 59.700	**$ 1.791.000**
Año 2017							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/17	31/01/17	15	853.000,00	56.866,67	$ 1.706.000		
01/02/17	28/02/17	30	2.240.166,67	74.672,22	$ 2.240.167		
01/03/17	31/03/17	30	4.461.359,00	148.711,97	$ 4.461.359		
01/04/17	30/04/17	30	3.970.395,00	132.346,50	$ 3.970.395		
01/05/17	31/05/17	30	3.970.395,00	132.346,50	$ 3.970.395		
01/06/17	30/06/17	30	4.309.102,00	143.636,73	$ 4.309.102		
01/07/17	31/07/17	27	1.864.361,00	69.050,41	$ 2.071.512		
01/08/17	31/08/17	30	2.866.866,00	95.562,20	$ 2.866.866		
01/09/17	30/09/17	30	3.487.502,00	116.250,07	$ 3.487.502		
01/10/17	31/10/17	30	2.007.131,40	66.904,38	$ 2.007.131		
Total días		282			$ 31.090.429	$ 110.250	**$ 3.307.492**

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio	Salario actualizado	Salario anual
1982	303	1,630	133,400	81,819	$ 14.610	$ 1.195.375	$ 12.073.288
1984	164	2,359	133,400	56,557	$ 25.530	$ 1.443.908	$ 7.893.364
1989	304	6,566	133,400	20,318	$ 81.587	$ 1.657.681	$ 16.797.834
1990	120	8,281	133,400	16,110	$ 54.094	$ 871.432	$ 3.485.728
1994	90	21,328	133,400	6,255	$ 100.666	$ 629.641	$ 1.888.923
1996	352	31,237	133,400	4,271	$ 463.946	$ 1.981.309	$ 23.247.359
1997	210	37,997	133,400	3,511	$ 577.429	$ 2.027.261	$ 14.190.827
1998	167	44,716	133,400	2,983	$ 1.950.383	$ 5.818.529	$ 32.389.811
2000	45	57,002	133,400	2,340	$ 644.000	$ 1.507.121	$ 2.260.682
2001	346	61,989	133,400	2,152	$ 817.870	$ 1.760.048	$ 20.299.220
2003	346	71,395	133,400	1,868	$ 890.137	$ 1.663.196	$ 19.182.194
2004	258	76,029	133,400	1,755	$ 1.751.749	$ 3.073.598	$ 26.432.943
2005	194	80,209	133,400	1,663	$ 1.803.679	$ 2.999.799	$ 19.398.700
2010	330	102,002	133,400	1,308	$ 1.300.000	$ 1.700.163	$ 18.701.793
2011	360	105,237	133,400	1,268	$ 1.352.000	$ 1.713.820	$ 20.565.840
2012	360	109,157	133,400	1,222	$ 1.406.000	$ 1.718.253	$ 20.619.036
2013	360	111,816	133,400	1,193	$ 2.227.129	$ 2.657.036	$ 31.884.432
2014	300	113,983	133,400	1,170	$ 1.818.300	$ 2.128.052	$ 21.280.520
2015	298	118,152	133,400	1,129	$ 1.522.764	$ 1.719.285	$ 17.078.231
2016	300	126,149	133,400	1,057	$ 1.791.000	$ 1.893.936	$ 18.939.360
2017	282	133,400	133,400	1,000	$ 3.307.492	$ 3.307.492	$ 31.090.425

Total días	***5489***	***Total devengado actualizado a***	***$ 2.017***	***$ 379.700.510***
Cotizadas S.C.	*784,14*	*Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.*		*$ 484.224*
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.		*10,82%*
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a	***$ 2.017***	***$ 41.072.887***

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	*$ 41.072.887*
Total	***$ 41.072.887***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE.,*
Observaciones	

Fecha liquidación *jueves, 30 de julio de 2020* *Recibe:* _____

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***MARTHA STELLA SANCHEZ BULLA***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-24-2018-00396-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***RELIQUIDACIÓN INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MÓNICA VIVIANA DUARTE ESTEBAN, como apoderada sustituta de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual obra a folios 81 y s.s.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARTHA STELLA SÁNCHEZ BULLA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con base en la totalidad de semanas cotizadas y los IBC reportados, junto con el pago de los intereses moratorios y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: cotizó al RPMPD un total de 763 semanas hasta el mes de agosto de 2017; el 14 de agosto de 2017 solicitó a la demandada el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue reconocida mediante la Resolución SUB 176694 del 28 de agosto de 2017, en cuantía única de $35. 650.655; la prestación no fue reconocida debidamente, pues no se tuvo en cuenta que efectuó cotizaciones simultáneas, reportando distintos IBC, con diferentes instituciones educativas en calidad de docente, por lo que elevó recurso de reposición el 14 de septiembre de 2017; mediante Resolución SUB 204115 del 25 de septiembre de 2017, su prestación fue reliquidada, y en virtud de ello, se le reconoció una suma adicional de $100.000, lo cual se sustentó en un aporte realizado por su ex

empleador Sociedad Saleciana Inspectora, de manera posterior a las semanas consideradas inicialmente para liquidar la indemnización, por manera que Colpensiones siguió incurriendo en la omisión aludida; solicitó nuevamente la reliquidación de la prestación el 19 de febrero de 2018, la cual fue concedida mediante Resolución SUB 46794 del 24 de febrero de 2018, siéndole reconocido un valor adicional de $607.305.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 39); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la actora se liquidó conforme a los parámetros establecidos en el Decreto 1730 de 2001. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, prescripción y la genérica. (fols. 44 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de octubre de 2019, en la cual el Juzgado declaró que la demandante tiene derecho a la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la suma de $11.046.339, por concepto de diferencia, la cual debe ser debidamente indexada, teniendo como índice de precios inicial el del 29 de agosto de 2017 y la fecha en que se pague la respectiva diferencia; declaró no probada la excepción de prescripción, absolvió a la convocada de las demás pretensiones y le condenó en costas. (CD fol. 67 min. 17:54).

Como sustento de su decisión indicó que realizada la liquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la actora, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, teniendo en cuenta 783,43 semanas y los IBC reportados en la historia laboral, se obtuvo un valor de $47.404.982, el cual resulta inferior a la suma total de $36.358.643 que reconoció la demandada a la actora por dicha prestación, de suerte que procede la reliquidación reclamada, pues existe una diferencia a favor de la demandante de $11.046.339. Que los intereses moratorios no proceden en tratándose de reliquidaciones pensionales. Que, en el presente caso, como la prestación se reconoció en el año 2017, la reclamación de reliquidación se elevó en la misma anualidad y la demanda se formuló en el año 2018, es claro que no ha operado el fenómeno de la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación, argumentando que actuó conforme a derecho, pues reconoció y pagó la prestación reclamada bajo los parámetros establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 3º 1730 de 2001. (C.D. fol. 67 Min. 37:05).

6. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Manifestó básicamente que la liquidación de la indemnización sustitutiva se realizó bajo los parámetros establecidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, por lo que solicitó que se revoque la decisión de primera instancia.

7. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020). Indicó que, conforme al cuadro de liquidación allegado con las alegaciones, y el material probatorio obrante en el proceso, queda plenamente demostrado que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez que le fue concedida debe ser reliquidada en los términos establecidos por el Juzgado, amén que debe reconocerse el valor de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Colpensiones liquidó en debida forma la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la demandante?

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

En punto al problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ha de resaltar la Sala que conforme al art. 37 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a dicha prestación las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso no existe duda que la convocante es merecedora de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pues así lo aceptó expresamente la encartada en la Resolución SUB 176694 del 28 de agosto de 2017, mediante la cual efectuó a su favor el reconocimiento de dicha prestación en valor de $35.650.655 (fols. 11 y s.s.), la cual además fue reliquidada por la encartada mediante las Resoluciones SUB 204115 del 25 de septiembre de 2017 (fols. 18 y s.s.) y SUB 46794 del 24 de febrero de 2018 (fols. 25 y s.s.), reconociendo a favor de la actora a título de diferencias los valores de $100.683 y $607.305, para un total de $36.358.643.

Ahora bien, del artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y del artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, se tiene que la indemnización sustitutiva equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, al cual se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Verificados los actos administrativos expedidos por Colpensiones, tanto del reconocimiento de la indemnización sustitutiva, como de su reliquidación, se advierte que la demandada no consideró el total de semanas cotizadas por la convocante, pues aunque del reporte de semanas cotizadas allegado con la contestación de la demanda se observa que la convocante aportó un total de 783,43 (fols. 49 y s.s.), lo cierto es que en las Resoluciones SUB 176694 del 28 de agosto de 2017, SUB 204115 del 25 de septiembre de 2017 y SUB 46794 del 24 de febrero de 2018, la convocada consideró 761 semanas, 763 semanas y 773 semanas respectivamente, siendo preciso advertir además que de las hojas de cálculo obrantes en el expediente administrativo (CD fol. 48), es posible advertir que la demandada solo tuvo en cuenta las cotizaciones realizadas hasta el 13 de agosto de 2017, muy a pesar de que la actora cotizó hasta el mes de octubre del mismo año; y si bien, la solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva se elevó el 14 de agosto de 2017 (fol. 11), lo cierto es que la petición tendiente a su reliquidación fue formulada el 19 de febrero de 2018 (fol. 22 y s.s.), por lo que bien pudo la encartada incluir la totalidad de semanas cotizadas por la actora al resolver esta última reclamación.

En ese orden, no le asiste razón a la demandada cuando en su alzada y en sus alegaciones afirma que la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez fue liquidada a favor de la actora, atendido los parámetros legales establecidos para el efecto, máxime que la

exclusión de algunas semanas impide considerar el IBC reportado por los ciclos correspondientes. Por tanto, procede la Sala a realizar nuevamente la liquidación, con apoyo del grupo liquidador, la cual se anexa a la sentencia la cual hace parte integral de la misma, encontrando que la prestación de la actora equivale a $ 41.072.887, que resulta superior a la reconocida por la encartada ($36.358.643), de manera que sí es procedente la reliquidación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez de la demandante, como acertadamente lo indicó el Juzgado.

No obstante, ha de decirse que el valor de las diferencias causadas a favor de la actora, ascienden a la suma de $4.714.244, por lo que habrá de modificarse la sentencia de primera instancia sobre este aspecto.

- ***Prescripción***

En cuanto a la excepción de prescripción, tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T695A del 2010, el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Sin embargo, en sentencia T-268 de 2009, se consideró que, si bien su exigibilidad puede hacerse en cualquier tiempo, en los eventos en que se haya efectuado su reconocimiento por parte de la autoridad correspondiente, está sujeta a las reglas prescriptivas.

En el caso que nos ocupa, la indemnización sustitutiva fue reconocida mediante Resolución SUB176694 del 28 de agosto de 2017 (fol. 11 y s.s.), a partir de esta fecha empieza a correr el termino prescriptivo, por tanto la reclamación administrativa por parte de la demandante, debió ser efectuada dentro de los 3 años siguientes a efecto de lograr la interrupción de la prescripción, esto es, hasta el 28 de agosto de 2020, y como quiera que la reclamación administrativa fue presentada el 19 de febrero de 2018 (fols. 22 y s.s.), y la presentación de la demanda el 9 de julio de 2018 (fol.36), ambas actuaciones dentro del término de los 3 años, se concluye que la acción no se encuentra cobijada con el manto de la prescripción.

- ***Indexación***

En torno a la indexación pretendida, es claro que ante la evidente devaluación monetaria acertó el A quo cuando señaló que la diferencia reconocida a título de indemnización sustitutiva debía reconocerse de manera indexada al momento en que se efectúe su pago. Igualmente, acertó al indicar que para dicha indexación se deberá dar aplicación a la siguiente formula:

$$R = Rh \times \frac{\text{Índice Final}}{\text{Índice Inicial}}$$

En donde el valor presente (R) se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el correspondiente al valor total de la suma obtenida por reliquidación, es decir, $4.714.244, por el guarismo que resulte de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE-que corresponde al vigente para el momento en que se efectué el pago--sobre el índice inicial- que corresponde al vigente al momento en que se reconoció la prestación, esto es, 29 de agosto de 2017.

Se resalta, que la anterior formula fue avalada por la H. Corte Suprema de Justicia-Sala Laboral, en sentencia de fecha primero de diciembre de 2009, M.P Doctor LUIS JAVIER OSORIO LÓPEZ, Radicación No 39009 Acta No 46.

No se liquida en concreto toda vez que el índice final aplicable es el vigente para la fecha del pago, liquidación que bien puede efectuar la parte deudora al momento de realizarlo o el operador judicial al momento de liquidar el crédito, atendiendo los parámetros que ya fueron por el Juzgado.

Finalmente, no se atiende la petición de intereses moratorios formulada por la demandante en sus alegaciones, dado que ésta no formuló recurso de apelación contra la decisión de primera instancia que no accedió a ellos.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 17 de octubre de 2019, por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a reconocer y pagar a favor de la señora Martha Stella Sánchez Bulla, la suma de $4.714.244, por concepto de diferencia insoluta de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual debe reconocerse debidamente indexada para el momento en que se efectué el pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO
RADICADO: 11001310501920178020 1
DEMANDANTE : EDGAR CIFUENTES
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2015, aplicando el 5,886% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	***x***
	Otros	

Promedio Salarial Anual

Año 1978

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
29/05/78	***31/05/78***	*3*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 948,00*		
01/06/78	***30/06/78***	*30*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.480,00*		
01/07/78	***31/07/78***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
01/08/78	***31/08/78***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
01/09/78	***30/09/78***	*30*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.480,00*		
01/10/78	***31/10/78***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
01/11/78	***30/11/78***	*30*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.480,00*		
01/12/78	***31/12/78***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
Total días		*217*			*$ 68.572,00*	*$ 316,00*	***$ 9.480,00***

Año 1979

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/79	***31/01/79***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
01/02/79	***28/02/79***	*28*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 8.848,00*		
01/03/79	***31/03/79***	*31*	*9.480,00*	*316,00*	*$ 9.796,00*		
01/04/79	***30/04/79***	*30*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 11.850,00*		
01/05/79	***31/05/79***	*31*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 12.245,00*		
01/06/79	***30/06/79***	*30*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 11.850,00*		
01/07/79	***31/07/79***	*31*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 12.245,00*		
01/08/79	***31/08/79***	*31*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 12.245,00*		
01/09/79	***30/09/79***	*30*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 11.850,00*		
01/10/79	***31/10/79***	*31*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 12.245,00*		
01/11/79	***30/11/79***	*30*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 11.850,00*		
01/12/79	***31/12/79***	*31*	*11.850,00*	*395,00*	*$ 12.245,00*		
Total días		*365*			*$ 137.065,00*	*$ 375,52*	***$ 11.265,62***

Año 1980

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/80	***31/01/80***	*31*	*23.700,00*	*790,00*	*$ 24.490,00*		
01/02/80	***29/02/80***	*29*	*23.700,00*	*790,00*	*$ 22.910,00*		
06/03/80	***31/03/80***	*31*	*23.700,00*	*790,00*	*$ 24.490,00*		
01/04/80	***30/04/80***	*30*	*23.700,00*	*790,00*	*$ 23.700,00*		
01/05/80	***31/05/80***	*31*	*23.700,00*	*790,00*	*$ 24.490,00*		
01/06/80	***30/06/80***	*30*	*23.700,00*	*790,00*	*$ 23.700,00*		
01/07/80	***31/07/80***	*31*	*26.460,00*	*882,00*	*$ 27.342,00*		
01/08/80	***31/08/80***	*31*	*26.460,00*	*882,00*	*$ 27.342,00*		
01/09/80	***30/09/80***	*30*	*26.460,00*	*882,00*	*$ 26.460,00*		
01/10/80	***31/10/80***	*31*	*26.460,00*	*882,00*	*$ 27.342,00*		
01/11/80	***30/11/80***	*30*	*26.460,00*	*882,00*	*$ 26.460,00*		
01/12/80	***21/12/80***	*21*	*25.331,43*	*844,38*	*$ 17.732,00*		
Total días		*356*			*$ 296.458,00*	*$ 832,75*	***$ 24.982,42***

Año 1981

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
19/01/81	***31/01/81***	*13*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 6.331,00*		
01/02/81	***28/02/81***	*28*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 13.636,00*		
01/03/81	***31/03/81***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097,00*		
01/04/81	***30/04/81***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610,00*		
01/05/81	***31/05/81***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097,00*		
01/06/81	***30/06/81***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610,00*		
01/07/81	***31/07/81***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097,00*		
01/08/81	***31/08/81***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097,00*		
01/09/81	***30/09/81***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610,00*		
01/10/81	***31/10/81***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097,00*		
01/11/81	***30/11/81***	*30*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 14.610,00*		
01/12/81	***31/12/81***	*31*	*14.610,00*	*487,00*	*$ 15.097,00*		
Total días		*347*			*$ 168.989,00*	*$ 487,00*	***$ 14.610,00***

Año 1982

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***

01/01/82	**31/01/82**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/02/82	**28/02/82**	28	14.610,00	487,00	$ 13.636,00		
01/03/82	**31/03/82**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/04/82	**30/04/82**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/05/82	**31/05/82**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/06/82	**30/06/82**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/07/82	**31/07/82**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/08/82	**31/08/82**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/09/82	**30/09/82**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/10/82	**31/10/82**	31	14.610,00	487,00	$ 15.097,00		
01/11/82	**30/11/82**	30	14.610,00	487,00	$ 14.610,00		
01/12/82	**15/12/82**	15	14.610,00	487,00	$ 7.305,00		
Total días		349			$ 169.963,00	$ 487,00	**$ 14.610,00**

Año 1983

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
08/02/83	**28/02/83**	21	17.790,00	593,00	$ 12.453,00		
01/03/83	**31/03/83**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/04/83	**30/04/83**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/05/83	**31/05/83**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/06/83	**30/06/83**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/07/83	**31/07/83**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/08/83	**31/08/83**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/09/83	**30/09/83**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/10/83	**31/10/83**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/11/83	**30/11/83**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/12/83	**31/12/83**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
Total días		327			$ 227.186,00	$ 694,76	**$ 20.842,75**

Año 1984

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/84	**31/01/84**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/02/84	**29/02/84**	29	21.420,00	714,00	$ 20.706,00		
01/03/84	**31/03/84**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/04/84	**30/04/84**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/05/84	**31/05/84**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/06/84	**30/06/84**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/07/84	**30/07/84**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/08/84	**31/08/84**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/09/84	**30/09/84**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/10/84	**31/10/84**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/11/84	**30/11/84**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/12/84	**31/12/84**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
Total días		365			$ 294.038,00	$ 805,58	**$ 24.167,51**

Año 1985

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/85	**31/01/85**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/02/85	**28/02/85**	28	25.530,00	851,00	$ 23.828,00		
01/03/85	**31/03/85**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/04/85	**30/04/85**	30	25.530,00	851,00	$ 25.530,00		
01/05/85	**31/05/85**	31	25.530,00	851,00	$ 26.381,00		
01/06/85	**30/06/85**	30	39.310,00	1.310,33	$ 39.310,00		
01/07/85	**31/07/85**	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/08/85	**31/08/85**	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/09/85	**30/09/85**	30	39.310,00	1.310,33	$ 39.310,00		
01/10/85	**31/10/85**	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/11/85	**30/11/85**	30	39.310,00	1.310,33	$ 39.310,00		
01/12/85	**31/12/85**	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
Total días		365			$ 408.912,33	$ 1.120,31	**$ 33.609,23**

Año 1986

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/86	**31/01/86**	31	39.310,00	1.310,33	$ 40.620,33		
01/02/86	**28/02/86**	28	41.040,00	1.368,00	$ 38.304,00		
01/03/86	**31/03/86**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/04/86	**30/04/86**	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/05/86	**31/05/86**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/06/86	**30/06/86**	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/07/86	**31/07/86**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/08/86	**31/08/86**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/09/86	**30/09/86**	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/10/86	**31/10/86**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/11/86	**30/11/86**	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/12/86	**31/12/86**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
Total días		365			$ 497.532,33	$ 1.363,10	**$ 40.893,07**

Año 1987

Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/87	**31/01/87**	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		

01/02/87	28/02/87	28	41.040,00	1.368,00	$ 38.304,00		
01/03/87	31/03/87	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/04/87	30/04/87	30	41.040,00	1.368,00	$ 41.040,00		
01/05/87	31/05/87	31	41.040,00	1.368,00	$ 42.408,00		
01/06/87	30/06/87	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/07/87	31/07/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/08/87	31/08/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/09/87	30/09/87	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/10/87	31/10/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/11/87	30/11/87	30	47.370,00	1.579,00	$ 47.370,00		
01/12/87	31/12/87	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
Total días		365			$ 544.474,00	$ 1.491,71	**$ 44.751,29**
Año 1988							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/88	31/01/88	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/02/88	29/02/88	29	47.370,00	1.579,00	$ 45.791,00		
01/03/88	31/03/88	31	47.370,00	1.579,00	$ 48.949,00		
01/04/88	30/04/88	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/05/88	31/05/88	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/06/88	30/06/88	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/07/88	31/07/88	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/08/88	31/08/88	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/09/88	30/09/88	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/10/88	31/10/88	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/11/88	30/11/88	30	61.950,00	2.065,00	$ 61.950,00		
01/12/88	31/12/88	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
Total días		366			$ 711.564,00	$ 1.944,16	**$ 58.324,92**
Año 1989							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/89	31/01/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/02/89	28/02/89	28	61.950,00	2.065,00	$ 57.820,00		
01/03/89	31/03/89	31	61.950,00	2.065,00	$ 64.015,00		
01/04/89	30/04/89	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/05/89	31/05/89	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/06/89	30/06/89	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/07/89	31/07/89	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/08/89	31/08/89	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/09/89	30/09/89	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/10/89	31/10/89	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/11/89	30/11/89	30	79.290,00	2.643,00	$ 79.290,00		
01/12/89	31/12/89	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
Total días		365			$ 912.675,00	$ 2.500,48	**$ 75.014,38**
Año 1990							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/90	31/01/90	31	79.290,00	2.643,00	$ 81.933,00		
01/02/90	28/02/90	28	99.630,00	3.321,00	$ 92.988,00		
01/03/90	31/03/90	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/04/90	30/04/90	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/05/90	31/05/90	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/06/90	30/06/90	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/07/90	31/07/90	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/08/90	31/08/90	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/09/90	30/09/90	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/10/90	31/10/90	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/11/90	30/11/90	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/12/90	31/12/90	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
Total días		365			$ 1.191.147,00	$ 3.263,42	**$ 97.902,49**
Año 1991							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/91	31/01/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/02/91	28/02/91	28	99.630,00	3.321,00	$ 92.988,00		
01/03/91	31/03/91	31	99.630,00	3.321,00	$ 102.951,00		
01/04/91	30/04/91	30	99.630,00	3.321,00	$ 99.630,00		
01/05/91	31/05/91	31	123.210,00	4.107,00	$ 127.317,00		
01/06/91	30/06/91	30	123.210,00	4.107,00	$ 123.210,00		
01/07/91	31/07/91	31	123.210,00	4.107,00	$ 127.317,00		
01/08/91	31/08/91	31	123.210,00	4.107,00	$ 127.317,00		
01/09/91	30/09/91	30	123.210,00	4.107,00	$ 123.210,00		
01/10/91	31/10/91	31	123.210,00	4.107,00	$ 127.317,00		
01/11/91	30/11/91	30	123.210,00	4.107,00	$ 123.210,00		
01/12/91	31/12/91	31	123.210,00	4.107,00	$ 127.317,00		
Total días		365			$ 1.404.735,00	$ 3.848,59	**$ 115.457,67**
Año 1992							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/92	31/01/92	31	123.210,00	4.107,00	$ 127.317,00		

01/02/92	***29/02/92***	*29*	*123.210,00*	*4.107,00*	*$ 119.103,00*		
01/03/92	***31/03/92***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/04/92	***30/04/92***	*30*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 165.180,00*		
01/05/92	***31/05/92***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/06/92	***30/06/92***	*30*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 165.180,00*		
01/07/92	***31/07/92***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/08/92	***31/08/92***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/09/92	***30/09/92***	*30*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 165.180,00*		
01/10/92	***31/10/92***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/11/92	***30/11/92***	*30*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 165.180,00*		
01/12/92	***31/12/92***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
Total días		*366*			*$ 1.931.256,00*	*$ 5.276,66*	***$ 158.299,67***
Año 1993							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/93	***31/01/93***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/02/93	***28/02/93***	*28*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 154.168,00*		
01/03/93	***31/03/93***	*31*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 170.686,00*		
01/04/93	***30/04/93***	*30*	*165.180,00*	*5.506,00*	*$ 165.180,00*		
Total días		*120*			*$ 660.720,00*	*$ 5.506,00*	***$ 165.180,00***
Año 1997							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/04/97	***30/04/97***	*30*	*177.120,00*	*5.904,00*	*177120*		
01/05/97	***31/05/97***	*30*	*177.120,00*	*5.904,00*	*177120*		
Total días		*60*			*$ 354.240,00*	*$ 5.904,00*	***$ 177.120,00***
Año 1998							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/03/98	***31/03/98***	*30*	*453.430,00*	*15.114,33*	*453430*		
01/04/98	***30/04/98***	*30*	*647.758,00*	*21.591,93*	*647758*		
01/05/98	***31/05/98***	*30*	*647.758,00*	*21.591,93*	*647758*		
01/08/98	***31/08/98***	*30*	*447.226,00*	*14.907,53*	*447226*		
01/09/98	***30/09/98***	*30*	*479.171,00*	*15.972,37*	*479171*		
01/10/98	***31/10/98***	*30*	*479.171,00*	*15.972,37*	*479171*		
01/11/98	***30/11/98***	*30*	*479.171,00*	*15.972,37*	*479171*		
01/12/98	***31/12/98***	*30*	*479.171,00*	*15.972,37*	*479171*		
Total días		*240*			*$ 4.112.856,00*	*$ 17.136,90*	***$ 514.107,00***
Año 1999							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/99	***31/01/99***	*8*	*479.171,00*	*59.896,38*	*1796891,25*		
01/10/99	***31/10/99***	*30*	*236.460,00*	*7.882,00*	*236460*		
01/11/99	***30/11/99***	*30*	*236.460,00*	*7.882,00*	*236460*		
01/12/99	***31/12/99***	*30*	*236.460,00*	*7.882,00*	*236460*		
Total días		*98*			*$ 2.506.271,25*	*$ 25.574,20*	***$ 767.225,89***
Año 2000							
Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/00	***31/01/00***	*1*	*8.670,00*	*8.670,00*	*260100*		
Total días		*1*			*$ 260.100,00*	*$ 260.100,00*	***$ 7.803.000,00***

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	***Nº. Días***	***IPC inicial***	***IPC final***	***Factor de indexación***	***Sueldo promedio mensual***	***Salario actualizado***	***Salario anual***
1978	*217*	*0,672*	*118,152*	*175,917*	*$ 9.480,00*	*$ 1.667.693,00*	*$ 12.062.979,00*
1979	*365*	*0,795*	*118,152*	*148,549*	*$ 11.265,62*	*$ 1.673.502,00*	*$ 20.360.941,00*
1980	*356*	*1,024*	*118,152*	*115,334*	*$ 24.982,42*	*$ 2.881.312,00*	*$ 34.191.569,00*
1981	*347*	*1,289*	*118,152*	*91,641*	*$ 14.610,00*	*$ 1.338.871,00*	*$ 15.486.275,00*
1982	*349*	*1,630*	*118,152*	*72,467*	*$ 14.610,00*	*$ 1.058.739,00*	*$ 12.316.664,00*
1983	*327*	*2,022*	*118,152*	*58,427*	*$ 20.842,75*	*$ 1.217.771,00*	*$ 13.273.704,00*
1984	*365*	*2,359*	*118,152*	*50,093*	*$ 24.167,51*	*$ 1.210.613,00*	*$ 14.729.125,00*
1985	*365*	*2,790*	*118,152*	*42,350*	*$ 33.609,23*	*$ 1.423.337,00*	*$ 17.317.267,00*
1986	*365*	*3,416*	*118,152*	*34,585*	*$ 40.893,07*	*$ 1.414.288,00*	*$ 17.207.171,00*
1987	*365*	*4,132*	*118,152*	*28,595*	*$ 44.751,29*	*$ 1.279.676,00*	*$ 15.569.391,00*
1988	*366*	*5,124*	*118,152*	*23,057*	*$ 58.324,92*	*$ 1.344.779,00*	*$ 16.406.304,00*
1989	*365*	*6,566*	*118,152*	*17,996*	*$ 75.014,38*	*$ 1.349.925,00*	*$ 16.424.088,00*
1990	*365*	*8,281*	*118,152*	*14,268*	*$ 97.902,49*	*$ 1.396.898,00*	*$ 16.995.592,00*
1991	*365*	*10,961*	*118,152*	*10,779*	*$ 115.457,67*	*$ 1.244.548,00*	*$ 15.142.001,00*
1992	*366*	*13,901*	*118,152*	*8,499*	*$ 158.299,67*	*$ 1.345.452,00*	*$ 16.414.514,00*
1993	*120*	*17,395*	*118,152*	*6,792*	*$ 165.180,00*	*$ 1.121.944,00*	*$ 4.487.776,00*
1997	*60*	*37,997*	*118,152*	*3,110*	*$ 177.120,00*	*$ 550.762,00*	*$ 1.101.524,00*
1998	*240*	*44,716*	*118,152*	*2,642*	*$ 514.107,00*	*$ 1.358.412,00*	*$ 10.867.296,00*
1999	*98*	*52,185*	*118,152*	*2,264*	*$ 767.225,89*	*$ 1.737.076,00*	*$ 5.674.448,00*
Total días	***5766***	***Total devengado actualizado a***				***2015***	***$ 276.028.629,00***
Cotizadas	*823,71*	*Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.*					*$ 335.102,39*
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					*5,886%*
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				***2015***	***$ 16.247.454,00***

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	*$ 16.247.454*
Total	***$ 16.247.454***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE.,*
Observaciones	

Fecha liquidación *jueves, 30 de julio de 2020* *Recibe:* _____

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***EDGAR ENRIQUE CIFUENTES CELIS***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES***
RADICACIÓN:	***11001-31050-19-2017-00802-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar al Dr. HENRY DARÍO MACHADO GIL como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EDGAR ENRIQUE CIFUENTES CELIS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 4 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: laboró para varias empresas privadas, cotizando al ISS hoy Colpensiones un total de 865,29 semanas; que de manera alterna prestó sus servicios y cotizó con el Magisterio Oficial Colombiano; que la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión de invalidez mediante Resolución 3924 del 22 de octubre de 2009; que solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por los aportes que realizó al Sistema con sus empleadores privados, la cual le fue negada mediante la Resolución GNR 160316 del 27 de mayo de 2016, confirmada por la Resolución VPB 31158 del 3 de agosto de 2016.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 41), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante ya goza de una pensión reconocida por el Magisterio, la cual resulta incompatible con la prestación aquí reclamada, teniendo en cuenta lo previsto en el artículo 128 de la CP, es decir, nadie podrá recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 43 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de agosto del 2018, en la cual el Juzgado condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del actor, debidamente indexada, declaró no probadas las excepciones propuestas y condenó en costas a la demandada. (CD fol. 76 min. 14:33).

Como sustento de su decisión indicó que conforme lo ha indicado la CSJ, no existen razones jurídicamente válidas para concluir que la pensión de jubilación que se reconoce a un docente del Magisterio, resulte incompatible con la pensión de vejez que pueda obtener en el ISS, por los servicios prestados a instituciones de carácter privado, pues conforme al artículo 31 del Decreto 692 de 1994, los docentes afiliados al Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, que adicionalmente reciben remuneraciones del sector privado, tendrán derecho a que la totalidad de sus aportes y sus descuentos para pensiones sean administrados por el mencionado fondo o por cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o del RAIS, siéndoles aplicables al afiliado la totalidad de las condiciones vigentes en los mismos. Que el actor cumplió los 62 años, en el año 2014, y no acredita 1.275 semanas, pues solo cuenta con 871,14, de manera que es merecedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual no es incompatible con la pensión de invalidez que le concedió el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **parte demandada** interpuso recurso de apelación, argumentando que conforme al concepto emitido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, 1459 del 2009, en relación a las excepciones previstas en la Ley 4ª de 1992, existen dos regímenes de docentes en materia de la prohibición de que trata el artículo 128 de la C.P., primero a quienes se les aplica el Decreto 1278 de 2002, vinculados a partir de su vigencia y asimilados que decidan acogerse, quienes no pueden ejercer simultáneamente otro cargo de servicio público retributivo, ni gozar de la pensión de jubilación, vejez, gracia o similares; en segundo lugar los docentes vinculados antes de la vigencia del Decreto 1278 de 2002, inscritos en el escalafón docente, de conformidad con el Decreto 2177 de 1979, quienes están amparados en esta materia por el régimen anterior y a quienes deben aplicarse las excepciones contenidas en el artículo 19 de la Ley 4° de 1992, manteniendo el régimen prestacional establecido a su favor, siempre que no opten por la asimilación. Que por lo anterior, la pensión de jubilación del afiliado al Fomag, resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida por el RPMPD, si se causa entre el 18 de mayo de 1992 y el 11 de agosto de 1993, día anterior a la entrada en vigencia de la Ley 60 de 1993, así como el causado entre el 21 de diciembre de 2001 y el 19 de julio de 2002, día anterior a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002 y para aquellos docentes vinculados a la entrada en vigencia del Decreto 1278 de 2002, igualmente, los docentes vinculados a partir de la Ley 812 de 2003, que dispuso su inclusión en el RPMPD, quienes no gozan de la compatibilidad pensional. Que la Ley 100 establece expresamente la prohibición de la doble precepción de mesada pensional cuando se trata de cubrir la misma contingencia como la de vejez, por lo que no puede ser afiliado y pensionado al mismo tiempo al Sistema de Seguridad Social Integral. Que conforme Decreto 2527 de 2003, todos los tiempos laborados al sector público y los

cotizados al ISS serán utilizados para financiar la prestación, cuyo traslado debe solicitarlo la caja que haya reconocido la pensión. (C.D. fol. 76 Min. 28:38).

6. Alegatos Colpensiones. Indicó que el derecho pensional de un afiliado al FOMAG resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la vejez reconocida por el R.P.M.P.D. Igualmente, dijo que la Juzgadora de primera instancia al momento de la sentencia, no tuvo de presente que con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, se encuentra expresamente prohibida la doble percepción de mesada pensional, cuando se trata de cubrir la misma contingencia o riesgo, como es el caso de la vejez, por tanto, solicitó revocar la decisión de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿La indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida por el actor resulta incompatible con la pensión de invalidez que le fue reconocida por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio? En caso negativo, (ii) ¿El actor reúne las condiciones para ser merecedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?

Calidad de pensionado

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 03924 del 22 de octubre del 2009, la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor del señor Edgar Enrique Cifuentes Celis, una pensión mensual por invalidez a partir del 1° de julio de 2009, en cuantía inicial de $1.937.352 (fols. 36 y s.s.).

Semanas de cotización

Conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones allegado por Colpensiones se observa que, el actor se afilió al RPMPD el 29 de mayo de 1978, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 31 de enero del 2000, completando un total de 871,14 semanas de cotización. (fols. 48 y s.s.).

Incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva y la pensión de invalidez

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de invalidez que le fue reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha de recordar la Sala lo que al respecto ha indicado de manera reiterada y pacífica la CSJ, entre otras en la sentencia SL2655 de 2018, en la cual se indicó que el docente oficial al estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

También indicó la Alta Corporación al rememorar la sentencia del 6 de diciembre del 2011, radicado 40848, que en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tienen la posibilidad de que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación, caso este en el cual, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En ese orden, resalta la Corte que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral.

Así las cosas, no es posible predicar una incompatibilidad entre la pensión de invalidez que le fue reconocida al demandante en calidad de docente oficial y la indemnización sustitutiva que éste pretende, contrario a lo afirmado por la demandada en su recurso y en los alegatos de conclusión, menos aun cuando en los términos de la CSJ, los dineros con que el ISS hoy Colpensiones paga las prestaciones que concede, no tienen la calidad de provenientes del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tiene origen en dineros de naturaleza pública, en la medida que son realizados por empleadores y trabajadores, amén que la entidad demandada es un mero administrador, por lo que no es dable estimar que el fondo común a su cargo sea bien del tesoro, siendo claro que no hace parte de la prohibición establecida en el artículo 128 de la CP.

Y si bien algunos empleadores pueden tener la condición de entidades públicas, frente a ello, la Corte refirió que *"…En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador."*

Ahora bien, aunque la parte demandada afirma que por virtud del artículo 2° del Decreto 2527 de 2003, todos los tiempos laborados al sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la prestación, ha de indicar la Sala que dicha norma tiene alcance en relación con la pensión concedida en virtud del régimen de transición que se reconoce dentro del RPMPD, pues así se desprende de la lectura de la misma, luego, de ella no puede entenderse que los tiempos cotizados por el actor a Colpensiones deben ser considerados para financiar la prestación que le fue reconocida por su calidad de docente oficial, quien como se dijo, se encuentra exceptuado por la Ley 100 de 1993, siendo un contrasentido incluir períodos aportados dentro del Sistema general de Pensiones, a un régimen que no hace parte del mismo.

Por lo anterior, no puede la demandada desconocer el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, bajo el argumento de que el actor ya cuenta con una

pensión concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones sociales del Magisterio, que dicho sea de paso no cubre el riesgo de vejez, porque se trata de una prestación de invalidez, y menos aun suplicando la aplicación del concepto 1459 del 2009, (entiéndase 2002), proferido por la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, pues en él dicha Corporación se encarga de precisar en qué caso un docente puede acumular dos asignaciones provenientes del tesoro público, es decir, si puede percibir asignación y pensión o pensión ordinaria y pensión gracia, lo cual no tiene relación alguna con el caso analizado, ya que como se indicó, las prestaciones reconocidas por el RPMPD, no hacen parte del tesoro público.

Igualmente, en dicho concepto se esclarece si los docentes que se vinculen a las entidades territoriales a partir de la Ley 715 de 2001, deben afiliarse al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y cuál es el régimen prestacional de dichos docentes, temas que nada se relacionan con el que ocupa la atención de la Sala.

De otro lado, cumple precisar que si bien el Decreto 1730 del 2001, en su artículo 6° establece que *"las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez",* esa incompatibilidad tiene alcance respecto a las pensiones que hacen parte del RPMPD, no siendo aplicable la misma a las pensiones reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues como se dijo, éstas se encuentran excluidas de la Ley 100 de 1993.

Además, no debe dejarse de lado que la prestación de invalidez que le fue reconocida al actor por el FOMAG ni siquiera ha considerado tiempos de servicios, pues conforme lo certificó la Secretaría de Educación de Bogotá por requerimiento efectuado por la esta Sala, la prestación en mención solo requiere que el empleado oficial se halle en situación de invalidez con un PCL no inferior al 75% de acuerdo al Decreto 1848 de 1969, (fols. 196 y s.s.).

Cumplimiento de los requisitos de la indemnización sustitutiva por parte del actor

Conforme al art. 37 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso, tenemos que el demandante cumplió los 60 años de edad exigidos en el Acuerdo 049 de 1990, el 31 de octubre de 2012 (fol. 39) y al revisar la historia laboral visible a folio 57 aparece que únicamente alcanzó a cotizar 871.14 semanas en toda su vida laboral, de las cuales 172,72 fueron cotizadas dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima; además, elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, y de manera subsidiaria la indemnización sustitutiva el 21 de diciembre de 2015, de lo cual se deduce su incapacidad para continuar cotizando (fols. 13 y s.s.), por lo que es claro que cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100, para acceder a la indemnización sustitutiva que reclama.

Cuantificación de la indemnización sustitutiva

Procede la Sala conforme al artículo 3° del Decreto 1730 del 2001, a calcular el monto de la indemnización sustitutiva, la cual equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas. A este resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, lo cual arroja la suma de $16.247.454, teniendo en cuenta que el salario base se indexa al

año 2015, fecha en que se causó la prestación, pues en dicha anualidad el actor solicitó expresamente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de manera subsidiaria al reconocimiento de la pensión de vejez. (fols. 13 y s.s.).

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T695A del 2010, el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Indexación de la indemnización sustitutiva

Ante la evidente devaluación monetaria acertó el A quo cuando señaló que la indemnización sustitutiva debía pagarse de manera indexada al momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 29 de agosto de 2018, por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones a reconocer y pagar a favor del actor, la suma de $16.247.454 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez.

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

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***EMPERATRIZ BARRIOS DE COBO***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-08-2015-00247-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA CONDENATORIA***
TEMA: ***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ***

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

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. EMPERATRIZ BARRIOS DE COBO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 15 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 5 de mayo de 1955; no completó el número mínimo de semanas de cotización, pues sólo alcanzó 241,43; cumplió 55 años el 5 de mayo de 2010 y manifestó a Colpensiones su imposibilidad de seguir cotizando.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 35 a 36); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la demandante no tiene derecho a la prestación que reclama por carecer de sustento fáctico y legal. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación y cobro de lo no debido. >>No propuso prescripción<<< (fols. 38 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de julio de 2019 en la cual el Juzgado declaró que a la demandante le asiste el derecho al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, condenó a la demandada al pago de dicha prestación en valor de $1.515.908,03, debidamente indexada y declaró no probadas las excepciones propuestas. (CD fol. 117 min. 08:54).

Como sustento de su decisión indicó que la actora cuenta con 57 años en el año 2012 y en el año 2014, manifestó ante Colpensiones su imposibilidad de seguir cotizando, solicitando el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por tano, tiene derecho a la misma, dado el número de semanas que cotizó al Sistema. Que si bien la demandada expidió una resolución en la cual le reconoció la prestación reclamada, el apoderado de ésta manifestó que no tiene conocimiento de dicho acto administrativo y que la demandada no ha cancelado suma alguna por tal concepto, lo cual además, la demandante lo ratifica mediante declaración extra juicio, por manera que la convocada en efecto no ha efectuado su pago, lo cual también se corrobora con la fórmula conciliatoria que ésta allegó al proceso. Que se condena por el valor hallado por el Despacho y no por la fórmula conciliatoria allegada por Colpensiones, en tanto la misma no fue aceptada por la demandante y por ello no es vinculante. Que la indemnización sustitutiva debe ser pagada de manera indexada, ante la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

5. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Hizo alusión al artículo 37 de la Ley 100 de 1993 y solicitó absolver a la entidad de todas las pretensiones invocadas en su contra.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandada, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa.

Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: (i) ¿Si acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor de la actora?

DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Se encuentra probado, conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones allegado por Colpensiones (fols. 63 y s.s.) que la actora se afilió al RPMPD el 24 de marzo de 1977, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta 31 de octubre de 1994, completando un total de 241,43 semanas de cotización. (fols. 63 y s.s.).

En punto al problema jurídico relacionado con el derecho que le asiste a la demandante al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ha de resaltar la Sala que conforme al art. 37 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a dicha prestación las personas que habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso, tenemos que la demandante cumplió los 57 años de edad exigidos en la Ley 797 de 2003 (norma aplicable al no ser beneficiara del régimen de transición), el 5 de mayo de 2012 (fol. 30) y al revisar la historia laboral visible a folio 63

y s.s. aparece que únicamente alcanzó a cotizar 241,43, de manera que no reunió las 1.225 exigidas por dicha norma para el año 2012; además, elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de vejez, con la declaración de no poder continuar cotizando al Sistema General de Pensiones el 15 de octubre de 2014 (fols. 21 y s.s.), por lo que es claro que cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100, para acceder a la indemnización sustitutiva que reclama.

Lo anterior, se ratifica a través del proyecto de resolución expedido por Colpensiones (fols. 80 y s.s.), en el cual la demandada reconoce a favor de la demandante la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $1.897.973, decisión que en todo caso no exonera de condena a la parte demandada, pues nótese que en declaración extra juicio, la demandante indicó expresamente que no ha cobrado el dinero reconocido en el acto administrativo en mención, además, en el mes de octubre de 2018, solicitó que le fuera pagado el valor indicado, frente a lo cual la demandada mediante Resolución SUB 285463 del 31 de octubre de la misma anualidad, le informó que debido al proceso iniciado en su contra ha perdido competencia sobre la solicitud de la indemnización sustitutiva. (fols. 99 y s.s.)

En ese orden, se tiene que Colpensiones aun no ha reconocido efectivamente la prestación en mención a favor de la actora, lo cual también se concluye de la falta de respuesta al requerimiento efectuado por el *a quo* en audiencia del 13 de octubre de 2017, en la que se solicitó a Colpensiones aportar certificación de pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la actora. (CD fol. 84)

Sumado a ello, adviértase que la demandada radicó el 31 de julio de 2019, Certificación 25476 de la Secretaría Técnica del comité de Conciliación y Defensa Judicial del 18 de abril del 2016, en la cual se propone fórmula conciliatoria por valor de $1.897.973 por indemnización sustitutiva de la pensión de vejez (fols. 113 y s.s.), de manera que es claro que la encartada aun no ha efectuado el pago de la prestación en mención a favor de la convocante.

- ***Cuantificación de la indemnización sustitutiva***

Procede la Sala conforme al artículo 3° del Decreto 1730 del 2001, a calcular el monto de la indemnización sustitutiva, la cual equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y al resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, lo cual arroja la suma de $2.214.723,00 de acuerdo a la liquidación anexa, teniendo en cuenta que el salario base se indexa al año 2014, fecha en que se causó la prestación, pues en dicha anualidad la actora solicitó expresamente su reconocimiento, declarando bajo la gravedad del juramento que no se encontraba en capacidad de seguir cotizando. (fols. 21 y s.s.).

No obstante, ha de decirse que el Juzgado estableció su valor en $1.515.908,03, el cual no podrá ser modificado por la Sala que Decisión, en tanto el mismo no fue apelado, y se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

- ***Indexación de la indemnización sustitutiva***

Ante la evidente devaluación monetaria acertó el A quo cuando señaló que la indemnización sustitutiva debía pagarse de manera indexada al momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de julio de 2019, por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes en estrados,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO
RADICADO: 11001310500820152470l
DEMANDANTE : EMPERATRIZ BARRIOS
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2014, aplicando el 5,792% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	***x***
	Otros	

Promedio Salarial Anual

Año 1977

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
24/03/77	***31/03/77***	*8*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 648,00*		
01/04/77	***30/04/77***	*30*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.430,00*		
01/05/77	***31/05/77***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/06/77	***30/06/77***	*30*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.430,00*		
01/07/77	***31/07/77***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/08/77	***31/08/77***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/09/77	***30/09/77***	*30*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.430,00*		
01/10/77	***31/10/77***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/11/77	***30/11/77***	*30*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.430,00*		
01/12/77	***31/12/77***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
Total días		*283*			*$ 22.923,00*	*$ 81,00*	***$ 2.430,00***

Año 1978

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/78	***31/01/78***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/02/78	***02/02/78***	*2*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 162,00*		
01/03/78	***31/03/78***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/04/78	***01/04/78***	*1*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 81,00*		
18/07/78	***31/07/78***	*14*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 1.134,00*		
01/08/78	***31/08/78***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/09/78	***30/09/78***	*30*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.430,00*		
01/10/78	***31/10/78***	*31*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 2.511,00*		
01/11/78	***15/11/78***	*15*	*2.430,00*	*81,00*	*$ 1.215,00*		
Total días		*186*			*$ 15.066,00*	*$ 81,00*	***$ 2.430,00***

Año 1979

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
20/04/79	***30/04/79***	*11*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 1.617,00*		
01/05/79	***31/05/79***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
01/06/79	***30/06/79***	*30*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.410,00*		
01/07/79	***31/07/79***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
01/08/79	***31/08/79***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
01/09/79	***30/09/79***	*30*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.410,00*		
01/10/79	***31/10/79***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
01/11/79	***30/11/79***	*30*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.410,00*		
01/12/79	***31/12/79***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
Total días		*256*			*$ 37.632,00*	*$ 147,00*	***$ 4.410,00***

Año 1980

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/80	***31/01/80***	*31*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 4.557,00*		
01/02/80	***15/02/80***	*15*	*4.410,00*	*147,00*	*$ 2.205,00*		
Total días		*46*			*$ 6.762,00*	*$ 147,00*	***$ 4.410,00***

Año 1985

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
28/10/85	***31/10/85***	*4*	*17.790,00*	*593,00*	*$ 2.372,00*		

01/11/85	**30/11/85**	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/12/85	**31/12/85**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
Total días		65			$ 38.545,00	$ 593,00	**$ 17.790,00**
Año 1986							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/86	**31/01/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/02/86	**28/02/86**	28	17.790,00	593,00	$ 16.604,00		
01/03/86	**31/03/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/04/86	**30/04/86**	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/05/86	**31/05/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/06/86	**30/06/86**	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/07/86	**31/07/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/08/86	**31/08/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/09/86	**30/09/86**	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/10/86	**31/10/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
01/11/86	**30/11/86**	30	17.790,00	593,00	$ 17.790,00		
01/12/86	**31/12/86**	31	17.790,00	593,00	$ 18.383,00		
Total días		365			$ 216.445,00	$ 593,00	**$ 17.790,00**
Año 1987							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
15/07/87	**31/07/87**	17	21.420,00	714,00	$ 12.138,00		
01/08/87	**31/08/87**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/09/87	**30/09/87**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/10/87	**31/10/87**	31	21.420,00	714,00	$ 22.134,00		
01/11/87	**30/11/87**	30	21.420,00	714,00	$ 21.420,00		
01/12/87	**28/12/87**	28	21.420,00	714,00	$ 19.992,00		
Total días		167			$ 119.238,00	$ 714,00	**$ 21.420,00**
Año 1988							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
07/04/88	**28/04/88**	22	25.530,00	851,00	$ 18.722,00		
Total días		22			$ 18.722,00	$ 851,00	**$ 25.530,00**
Año 1993							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
22/07/93	**31/07/93**	10	89.070,00	2.969,00	$ 29.690,00		
01/08/93	**31/08/93**	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/09/93	**30/09/93**	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/10/93	**31/10/93**	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
01/11/93	**30/11/93**	30	89.070,00	2.969,00	$ 89.070,00		
01/12/93	**31/12/93**	31	89.070,00	2.969,00	$ 92.039,00		
Total días		163			$ 483.947,00	$ 2.969,00	**$ 89.070,00**
Año 1994							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/94	**03/01/94**	3	107.675,00	35.891,67	1076750		
15/06/94	**30/06/94**	16	98.700,00	6.168,75	185062,5		
01/07/94	**31/07/94**	30	98.700,00	3.290,00	98700		
01/08/94	**31/08/94**	30	98.700,00	3.290,00	98700		
01/09/94	**30/09/94**	30	98.700,00	3.290,00	98700		
01/10/94	**31/10/94**	30	98.700,00	3.290,00	98700		
Total días		139			$ 1.656.612,50	$ 11.918,08	**$ 357.542,27**

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1977	283	0,522	113,983	218,436	$ 2.430,00	$ 530.800,00	$ 5.007.213,00
1978	186	0,672	113,983	169,710	$ 2.430,00	$ 412.394,00	$ 2.556.843,00
1979	256	0,795	113,983	143,308	$ 4.410,00	$ 631.987,00	$ 5.392.956,00
1980	46	1,024	113,983	111,264	$ 4.410,00	$ 490.674,00	$ 752.367,00
1985	65	2,790	113,983	40,855	$ 17.790,00	$ 726.814,00	$ 1.574.764,00
1986	365	3,416	113,983	33,365	$ 17.790,00	$ 593.557,00	$ 7.221.610,00

1987	*167*	*4,132*	*113,983*	*27,586*	*$ 21.420,00*	*$ 590.898,00*	*$ 3.289.332,00*
1988	*22*	*5,124*	*113,983*	*22,243*	*$ 25.530,00*	*$ 567.866,00*	*$ 416.435,00*
1993	*163*	*17,395*	*113,983*	*6,553*	*$ 89.070,00*	*$ 583.638,00*	*$ 3.171.100,00*
1994	*139*	*21,328*	*113,983*	*5,344*	*$ 357.542,27*	*$ 1.910.825,00*	*$ 8.853.489,00*
Total días	***1692***	***Total devengado actualizado a***				***2014***	***$ 38.236.109,00***
Cotizadas	*241,71*	*Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.*					*$ 158.187,21*
		Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.					*5,792%*
		VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a				***2014***	***$ 2.214.723,00***

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	*$ 2.214.723,00*
Total	***$ 2.214.723,00***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE.,*
Observaciones	

Fecha liquidación *jueves, 30 de julio de 2020* *Recibe:* _____

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA - SALA LABORAL -
MAGISTRADO: DRA. DIANA MARCELA CAMACHO
RADICADO: 11001310500320192440 1
DEMANDANTE : LAURO BOANERGES
DEMANDADO: COLPENSIONES

FECHA SENTENCIA	***1a. INSTANCIA***	***2a. INSTANCIA***	***CASACIÓN***

OBJETO DE LIQUIDACIÓN: *Calcular el Ingreso base de liquidación (IBL) del demandante tomando en cuenta el promedio ponderado de los aportes realizados durante toda la vida laboral actualizado a 2018, aplicando el 10,794% para obtener el valor de la indemnización sustitutiva.*

Indemnización sustitutiva Ley 100 de 1993	***Colpensiones***	***x***
	Otros	

Año 1995

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/05/95	***31/05/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/06/95	***30/06/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/07/95	***31/07/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/08/95	***31/08/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/09/95	***30/09/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/10/95	***31/10/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/11/95	***30/11/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/12/95	***31/12/95***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
Total días		*240*			*$ 1.824.000,00*	*$ 7.600,00*	***$ 228.000,00***

Año 1996

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/01/96	***31/01/96***	*30*	*228.000,00*	*7.600,00*	*228000*		
01/02/96	***29/02/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/03/96	***31/03/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/04/96	***30/04/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/05/96	***31/05/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/06/96	***30/06/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/07/96	***31/07/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/08/96	***31/08/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/09/96	***30/09/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/10/96	***31/10/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/11/96	***30/11/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
01/12/96	***31/12/96***	*30*	*436.000,00*	*14.533,33*	*436000*		
Total días		*360*			*$ 5.024.000,00*	*$ 13.955,56*	***$ 418.666,67***

Año 1997

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/04/97	***30/04/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/05/97	***31/05/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/06/97	***30/06/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/07/97	***31/07/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/08/97	***31/08/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/09/97	***30/09/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/10/97	***31/10/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/11/97	***30/11/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
01/12/97	***31/12/97***	*30*	*530.000,00*	*17.666,67*	*530000*		
Total días		*270*			*$ 4.770.000,00*	*$ 17.666,67*	***$ 530.000,00***

Año 1998

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/04/98	***30/04/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/05/98	***31/05/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/06/98	***30/06/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/07/98	***31/07/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/08/98	***31/08/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/09/98	***30/09/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/10/98	***31/10/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/11/98	***30/11/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
01/12/98	***31/12/98***	*30*	*657.000,00*	*21.900,00*	*657000*		
Total días		*270*			*$ 5.913.000,00*	*$ 21.900,00*	***$ 657.000,00***

Año 1999

Fecha Inicial	***Fecha Final***	***Número días***	***Salario mensual***	***Salario diario***	***Salario anual***	***Salario promedio diario***	***Salario promedio mensual***
01/03/99	***31/03/99***	*15*	*433.061,00*	*28.870,73*	*866122*		
01/04/99	***30/04/99***	*30*	*866.123,00*	*28.870,77*	*866123*		
01/05/99	***31/05/99***	*30*	*866.123,00*	*28.870,77*	*866123*		
01/06/99	***30/06/99***	*30*	*866.123,00*	*28.870,77*	*866123*		
01/07/99	***31/07/99***	*30*	*866.123,00*	*28.870,77*	*866123*		
01/08/99	***31/08/99***	*30*	*866.000,00*	*28.866,67*	*866000*		
01/09/99	***30/09/99***	*5*	*866.000,00*	########	*5196000*		

01/10/99	**31/10/99**	30	866.000,00	28.866,67	866000		
01/11/99	**30/11/99**	30	866.000,00	28.866,67	866000		
01/12/99	**31/12/99**	2	57.741,00	28.870,50	866115		
Total días		232			$ 12.990.729,00	$ 55.994,52	**$ 1.679.835,65**
Año 2000							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/00	**29/02/00**	30	901.000,00	30.033,33	901000		
01/03/00	**31/03/00**	15	900.767,00	60.051,13	1801534		
01/04/00	**30/04/00**	30	900.762,00	30.025,40	900762		
01/06/00	**30/06/00**	30	900.767,00	30.025,57	900767		
01/08/00	**31/08/00**	30	900.767,00	30.025,57	900767		
01/09/00	**30/09/00**	30	901.000,00	30.033,33	901000		
01/10/00	**31/10/00**	30	901.000,00	30.033,33	901000		
01/11/00	**30/11/00**	30	901.000,00	30.033,33	901000		
01/12/00	**31/12/00**	30	900.000,00	30.000,00	900000		
Total días		255			$ 9.007.830,00	$ 35.324,82	**$ 1.059.744,71**
Año 2001							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/01	**31/01/01**	30	900.000,00	30.000,00	900000		
01/02/01	**28/02/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/03/01	**31/03/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/04/01	**30/04/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/05/01	**31/05/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/06/01	**30/06/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/07/01	**31/07/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/08/01	**31/08/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/09/01	**30/09/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/10/01	**31/10/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/11/01	**30/11/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/12/01	**31/12/01**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
Total días		360			$ 12.142.000,00	$ 33.727,78	**$ 1.011.833,33**
Año 2002							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/02	**31/01/02**	30	1.022.000,00	34.066,67	1022000		
01/02/02	**28/02/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/03/02	**31/03/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/04/02	**30/04/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/05/02	**31/05/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/06/02	**30/06/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/07/02	**31/07/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/08/02	**31/08/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/09/02	**30/09/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/10/02	**31/10/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/11/02	**30/11/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/12/02	**31/12/02**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
Total días		360			$ 12.869.000,00	$ 35.747,22	**$ 1.072.416,67**
Año 2003							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/03	**31/01/03**	30	1.077.000,00	35.900,00	1077000		
01/02/03	**28/02/03**	30	1.047.000,00	34.900,00	1047000		
01/03/03	**31/03/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/04/03	**30/04/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/05/03	**31/05/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/06/03	**30/06/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/07/03	**31/07/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/08/03	**31/08/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/09/03	**30/09/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/10/03	**31/10/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/11/03	**30/11/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/12/03	**31/12/03**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
Total días		360			$ 13.014.000,00	$ 36.150,00	**$ 1.084.500,00**
Año 2004							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/04	**31/01/04**	30	1.089.000,00	36.300,00	1089000		
01/02/04	**29/02/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/03/04	**31/03/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/04/04	**30/04/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/05/04	**31/05/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/06/04	**30/06/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/07/04	**31/07/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/08/04	**31/08/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/09/04	**30/09/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/10/04	**31/10/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/11/04	**30/11/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		
01/12/04	**31/12/04**	30	1.148.000,00	38.266,67	1148000		

Total días		360			$ 13.717.000,00	$ 38.102,78	**$ 1.143.083,33**
Año 2005							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/05	**31/01/05**	30	1.180.352,00	39.345,07	1180352		
01/02/05	**28/02/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/03/05	**31/03/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/04/05	**30/04/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/05/05	**31/05/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/06/05	**30/06/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/07/05	**31/07/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/08/05	**31/08/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/09/05	**30/09/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/10/05	**31/10/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/11/05	**30/11/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/12/05	**31/12/05**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
Total días		360			$ 14.314.352,00	$ 39.762,09	**$ 1.192.862,67**
Año 2006							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/06	**31/01/06**	30	1.194.000,00	39.800,00	1194000		
01/02/06	**28/02/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/03/06	**31/03/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/04/06	**30/04/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/05/06	**31/05/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/06/06	**30/06/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/07/06	**31/07/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/08/06	**31/08/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/11/06	**30/11/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/12/06	**31/12/06**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
Total días		300			$ 12.273.000,00	$ 40.910,00	**$ 1.227.300,00**
Año 2007							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/01/07	**31/01/07**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/02/07	**28/02/07**	30	1.231.000,00	41.033,33	1231000		
01/03/07	**31/03/07**	30	1.470.000,00	49.000,00	1470000		
01/04/07	**30/04/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/05/07	**31/05/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/06/07	**30/06/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/07/07	**31/07/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/08/07	**31/08/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/09/07	**30/09/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/10/07	**31/10/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/11/07	**30/11/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
01/12/07	**31/12/07**	30	1.351.000,00	45.033,33	1351000		
Total días		360			$ 16.091.000,00	$ 44.697,22	**$ 1.340.916,67**
Año 2008							
Fecha Inicial	**Fecha Final**	**Número días**	**Salario mensual**	**Salario diario**	**Salario anual**	**Salario promedio diario**	**Salario promedio mensual**
01/02/08	**29/02/08**	30	860.000,00	28.666,67	860000		
01/03/08	**31/03/08**	30	840.000,00	28.000,00	840000		
01/04/08	**30/04/08**	30	840.000,00	28.000,00	840000		
01/05/08	**31/05/08**	30	840.000,00	28.000,00	840000		
01/06/08	**30/06/08**	30	840.000,00	28.000,00	840000		
01/07/08	**31/07/08**	30	840.000,00	28.000,00	840000		
Total días		180			$ 5.060.000,00	$ 28.111,11	**$ 843.333,33**

Cálculo Toda La Vida Laboral							
AÑO	**Nº. Días**	**IPC inicial**	**IPC final**	**Factor de indexación**	**Sueldo promedio mensual**	**Salario actualizado**	**Salario anual**
1995	240	26,147	138,854	5,311	$ 228.000,00	$ 1.210.801,00	$ 9.686.408,00
1996	360	31,237	138,854	4,445	$ 418.666,67	$ 1.861.042,00	$ 22.332.504,00
1997	270	37,997	138,854	3,654	$ 530.000,00	$ 1.936.826,00	$ 17.431.434,00
1998	270	44,716	138,854	3,105	$ 657.000,00	$ 2.040.149,00	$ 18.361.341,00
1999	232	52,185	138,854	2,661	$ 1.679.835,65	$ 4.469.727,00	$ 34.565.889,00
2000	255	57,002	138,854	2,436	$ 1.059.744,71	$ 2.581.468,00	$ 21.942.478,00
2001	360	61,989	138,854	2,240	$ 1.011.833,33	$ 2.266.483,00	$ 27.197.796,00
2002	360	66,729	138,854	2,081	$ 1.072.416,67	$ 2.231.556,00	$ 26.778.672,00
2003	360	71,395	138,854	1,945	$ 1.084.500,00	$ 2.109.208,00	$ 25.310.496,00
2004	360	76,029	138,854	1,826	$ 1.143.083,33	$ 2.087.643,00	$ 25.051.716,00
2005	360	80,209	138,854	1,731	$ 1.192.862,67	$ 2.065.031,00	$ 24.780.372,00
2006	300	84,103	138,854	1,651	$ 1.227.300,00	$ 2.026.274,00	$ 20.262.740,00
2007	360	87,869	138,854	1,580	$ 1.340.916,67	$ 2.118.969,00	$ 25.427.628,00
2008	180	92,872	138,854	1,495	$ 843.333,33	$ 1.260.874,00	$ 7.565.244,00
Total días	**4267**				**Total devengado actualizado a**	**2018**	**$ 306.694.718,00**
Cotizadas S.C.	609,57				Salario Base de La Liquidación Promedio Semanal - S.B.L.P.S.		$ 503.131,71
					Promedio Ponderado De Los Porcentajes de Cotización P.P.C.		10,794%
					VALOR INDEMNIZACION SUSTITUTIVA a	**2018**	**$ 33.106.067,00**

Tabla Liquidación	
Indemnización sustitutiva	*$ 33.106.067,0*
Total	***$ 33.106.067,0***

Fuente	*Tabla del IPC - DANE.,*
Observaciones	

Fecha liquidación *jueves, 30 de julio de 2020* *Recibe:* _____

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LAURO BOANERGES PALACIOS***
DEMANDADO: ***COLPENSIONES***
RADICACIÓN: ***11001-31050-03-2019-00244-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA ABSOLUTORIA***
TEMA: ***INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LAURO BOANERGES PALACIOS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, junto con la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 7 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: laboró para varias empresas privadas, cotizando al ISS hoy Colpensiones un total de 620,29 semanas; de manera alterna prestó sus servicios y cotizó con el Magisterio Oficial Colombiano; el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció pensión vitalicia de jubilación mediante Resolución 004145 del 16 de junio de 2009; el 24 de octubre de 2018, solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 301786 del 21 de noviembre de 2018, confirmada por la Resolución DIR 21479 del 11 de diciembre de la misma anualidad.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 51); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante ya goza de una pensión de jubilación conforme a la Resolución 004145 del 2009, siendo la indemnización sustitutiva improcedente dado que es subsidiaria del derecho a la pensión. Que de acuerdo al artículo 17 de la Ley 549 de 1999, todos los tiempos cotizados al sector público y las cotizaciones al RPMPD, serán usadas para financiar la pensión reconocida

por el Magisterio. Que la indemnización sustitutiva es incompatible con la pensión reconocida por parte del Magisterio, en los términos del artículo 128 de la CP. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (fols. 40 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de octubre de 2019, en la cual se absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra. (CD fol. 57 min. 16:26).

Como sustento de su decisión indicó que conforme a lo señalado por la CSJ en la sentencia 56046 del 19 de septiembre de 2018, la pensión del docente oficial es incompatible con otra asignación estatal y estudió los casos en que se aplica la excepción incluida la del ISS. Que en materia laboral la CSJ ha tenido en cuenta para el reconocimiento pensional, el tiempo servido en el sector público y privado, de manera que no podría hablarse indistintamente de uno u otro régimen. Que el actor estuvo vinculado e hizo cotizaciones simultáneas en el ISS entre 1995 y 2008, para un total de 609,43, las cuales no pueden ser tenidas en cuenta en un solo grupo como lo pretende el actor. Que la prestación otorgada por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio desde el 2008, resulta incompatible, máxime que en la sentencia 39.972 la CSJ indicó que la indemnización sustitutiva y la devolución de saldos, solo proceden de manera subsidiaria y en caso de no cumplir las exigencias para acceder a la pensión. Que todos los tiempos laborados en el sector público y privado serán utilizados para financiar la pensión, de ahí que se genere la incompatibilidad pensional, conforme al artículo 17 de la Ley 549 de 1999.

5. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Manifestó básicamente que la indemnización sustitutiva reclamada es incompatible con la pensión de jubilación que el actor disfruta, conforme a la Ley 4ª de 1992 y el artículo 128 de la CP, motivo por el cual considera que la sentencia de primera instancia debe ser confirmada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al negar la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida por el actor, por incompatibilidad con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio? En caso negativo, (ii) ¿El actor reúne las condiciones para ser merecedor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez?

DE LA CALIDAD DE PENSIONADO

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 004145 del 16 de junio de 2009, la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor del señor Lauro Boanerges Palacios, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 10 de marzo de 2008, en cuantía inicial de $1.599.005, quien venía prestando sus servicios desde el 24 de julio de 1990 (fols. 28 y s.s.).

Conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones se observa que, el actor se afilió al RPMPD el 1° de febrero de 1995, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 31 julio de 2008, completando un total de 620,29 semanas de cotización. (fols. 32 y s.s.).

DE LA INCOMPATIBILIDAD DE LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ Y DE LA PENSIÓN DE JUBILACIÓN

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha de recordar la Sala lo que al respecto ha indicado de manera reiterada y pacífica la CSJ, entre otras en la sentencia SL2655 de 2018, en la cual se señaló que el docente oficial al estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

También indicó la Alta Corporación al rememorar la sentencia del 6 de diciembre del 2011, radicado 40848, que en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tienen la posibilidad de que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación, caso este en el cual, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En ese orden, resalta la Corte que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente indicó la CSJ que, los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral.

Así las cosas, no es posible predicar una incompatibilidad entre la pensión de jubilación que le fue reconocida al demandante en calidad de docente oficial y la indemnización sustitutiva que éste pretende, contrario a lo indicado por la demandada en sus alegatos de conclusión, menos aun cuando en los términos de la CSJ, los dineros con que el ISS hoy Colpensiones paga las prestaciones que concede, no tienen la calidad de provenientes del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tiene origen en dineros de naturaleza pública, en la medida que son realizados por empleadores y trabajadores, amén que la entidad demandada es un mero administrador, por lo que no es dable estimar que el fondo común a su cargo sea bien

del tesoro, siendo claro que no hace parte de la prohibición establecida en el artículo 128 de la CP.

Y si bien algunos empleadores pueden tener la condición de entidades públicas, frente a ello, la Corte refirió que *"…En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador."*

Por lo anterior, no puede el fallador de primera instancia negar el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, bajo el argumento de que el actor ya cuenta con una pensión concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, y menos aún a la luz de las sentencias SL4399-2018, radicación 39972 y SL4014-2018 radicación 56046, en tanto las mismas no constituyen precedente aplicable al caso objeto de estudio, dado que los casos en ellas analizados no se asimilan desde el punto de vista fáctico a la situación que plantea el aquí demandante.

Así, nótese que en la sentencia SL4399-2018, la parte demandante es la Caja de Previsión Social de Comunicaciones – Caprecom, quien reconoció una persona natural a quien llamó al proceso en calidad de demandada, una sustitución pensional, aun cuando ésta ya le había sido concedida por la administradora de riesgos profesionales, frente a lo cual la CSJ debió dilucidar si la pensión de jubilación *post mortem* resultaba incompatible con la prestación de sobrevivientes otorgada por el sistema de riesgos profesionales.

Ahora bien, en la sentencia SL4014-2018, la parte demandante llamó al entonces ISS, a fin de que le fuera reconocida la pensión de vejez del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, sin que tuviere que acreditar el retiro del servicio en calidad de docente oficial de bachillerato. En dicho caso, la CSJ debió establecer si era posible disfrutar la pensión de vejez establecida en la Ley 100 de 1993, sin aplicar las reglas que exigen el retiro del servicio oficial.

En ese orden, se equivocó el Juzgado de primera instancia al concluir la incompatibilidad de la pensión de jubilación reconocida al actor en calidad de docente oficial y la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada ante el RPMPD, con base en decisiones de la CSJ que claramente no resultan aplicables al caso, y más aún cuando existe un precedente reciente que sí se ajusta al *examine* (SL2655 de 2018) del cual se puede concluir que las prestaciones del RPMPD entre las cuales se encuentra la indemnización sustitutiva, resultan compatibles con la pensión de jubilación reconocida por el FOMAG.

De otro lado, cumple resaltar que aunque el Juzgado indicó que por virtud del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, todos los tiempos laborados al sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la prestación, ha de indicar la Sala que dicha norma tiene alcance en relación con la pensión concedida en virtud del régimen de transición que se reconoce dentro del RPMPD, pues así se desprende de la lectura de la misma, luego, de ella no puede entenderse que los tiempos cotizados por el actor a Colpensiones deben ser considerados para financiar la prestación que le fue reconocida por su calidad de docente oficial, quien como se dijo, se encuentra exceptuado por la Ley 100 de 1993, siendo un contrasentido incluir períodos aportados dentro del Sistema General de Pensiones, en un régimen que no hace parte del mismo.

Finalmente, cabe precisar que si bien el Decreto 1730 del 2001, en su artículo 6° establece que *"las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez",* esa incompatibilidad tiene alcance respecto a las pensiones que hacen parte del RPMPD, no siendo aplicable la misma a las pensiones reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues como se dijo, éstas se encuentran excluidas de la Ley 100 de 1993.

DE LAS CONDICIONES PARA ACCEDER A LA INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA

Conforme al art. 37 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso, tenemos que el demandante cumplió los 62 años de edad exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, el 9 de marzo de 2013 (fol. 31) y al revisar la historia laboral visible a folio 32 aparece que únicamente alcanzó a cotizar 620,29 semanas en toda su vida laboral, siendo claro que no reunió las 1.300 que exige dicha norma; además, elevó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva con la declaración de no poder continuar cotizando al Sistema General de Pensiones, el 24 de octubre de 2018, como se observa de la petición obrante en el expediente administrativo (CD fol. 50), por lo que es claro que cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100, para acceder a la indemnización sustitutiva que reclama, por lo que la sentencia de primera instancia habrá de ser revocada, contrario a lo afirmado por Colpensiones en sus alegatos de conclusión.

- ***Cuantificación de la indemnización sustitutiva***

Procede la Sala conforme al artículo 3° del Decreto 1730 del 2001, a calcular el monto de la indemnización sustitutiva, la cual equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, resultado al que se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, lo cual arroja la suma de $33.106.067, que se halla considerando la información de la historia laboral allegada por Colpensiones y teniendo en cuenta que el salario base se indexa al año 2018, fecha en que se causó la prestación, pues en dicha anualidad el actor solicitó expresamente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, con la manifestación de que no podía continuar cotizando al Sistema. (CD fol. 50)

- ***Excepción de prescripción***

En cuanto a la excepción de prescripción tal y como lo tiene adoctrinado la Corte Constitucional entre otras en la sentencia T695A del 2010 el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

- ***Indexación de la indemnización sustitutiva***

Ante la evidente devaluación monetaria, la indemnización sustitutiva debe ser indexada al momento en que se efectúe su pago.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de octubre de 2019, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a favor del señor Lauro Boanerges Palacios la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en cuantía de $33.106.067, suma que deberá reconocerse de manera indexada al momento en que se efectúe su pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***RAFAEL ANTONIO QUINTERO CUBIDES***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.- AFP OLD MUTUAL***
RADICACIÓN:	***1100131050-11-2017-00654-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA DEL TRASLADO***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. JACQUELINE RODRÍGUEZ ROJAS como apoderada de la AFP PORVENIR, en los términos y para los efectos del poder conferido conforme lo dispone el art. 74 del CGP, el cual fue allegado junto con los alegatos mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El demandante instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS por omisión en la información que se debía brindar al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP PRIVADA a la que se encuentra actualmente afiliado a trasladar todos los valores que se hubiesen recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, con todos sus frutos e intereses. Se condene a COLPENSIONES a reactivar su afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida como si nunca se hubiese trasladado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en los procesos que ocupan la atención de la Sala.

3. Contestación de COLPENSIONES. COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que al actor le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión y no acredita 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994. Que en el presente caso no se acredita vicio del consentimiento, amén que la nulidad propuesta no se alegó dentro del término señalado en el artículo 1750 del C.C. Propuso como excepciones de fondo

las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (fol. 60 y s.s.)

4. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. La AFP OLD MUTUAL contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que en el presente caso no se advierte la concurrencia de ningún vicio en el consentimiento. Que presentó traslados entre administradoras del RAIS, convalidando así su decisisón de pertenencer al régimen. Que la decisión libre y voluntaria del demandante se materializó con la suscripción del formulario de afiliación. Que el actor no es beneficario del régimen de transición ni contaba con una expectativa legitima al momento del traslado. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 91 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. La AFP PORVENIR contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliaicón no contiene vicio alguno en el consentimiento expresado por el demandante, antes bien, están dados todos los requisitos de ley para la validez de la selección realizada por el actor. Que la informaicón suministrado a los afiliados al RAIS está acorde con las disposiciones legales y la vigilancia y control que sobre ellas ejerce la Superintendencia Financiera de Colombia. Que el actor no hizo uso de su derecho al retracto, a pesar de haber sido informado del mismo. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fol. 143 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 28 de mayo del 2019 en la que absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas por el actor, declaró probadas las excepciones de inexistencia de las obligaciones demandadas, inexistencia del derecho para trasladar con validez la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, e inexistencia de causal de nulidad y condenó en costas al demandante. (C.D. fol. 187 Min. 42:55).

Como sustento de su decisión indicó que el actor hizo constar en el formulario de afiliación que su traslado se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones, con el cumplimiento de las solemnidades legales, por lo cual se produjeron los efectos del traslado a RAIS, sin que exista prueba de un vicio del consentimiento o que éste fuere ineficaz. Que tampoco se corrobora un perjuicio irremediable, pues el actor no era beneficario del régimen de transición. Que al momento del traslado no era dable una proyección, en tanto no se contaba con los elementos de juicio para el efecto, ya que el derecho pensional se encontraba en formación. Que el precedente jurisprudencial siempre trae a colación una expectativa legítima de pensionarse bajo el régimen de transición, que exige a la AFP informar al interesado sobre las consencuencias del traslado, como la pérdida del régimen de transición. Que cuando se afirma que la información fue engañosa y tendenciosa ello debe ser probado por la parte actora.

7. Impugnación y límites del ad quem. La parte demandante impugnó la decisión argumentando que se ha desconocido el precedente jurisprudencial, el cual en los términos de la Corte Constitucional es obligatorio. Que la CSJ ha señalado que se requiere un adecuado consentimiento para que el eventual afiliado pueda escoger el régimen que más le convenga, deber que nació desde la Ley 100 de 1993. Que para que el juez pueda apartarse del precedente debe indicar las razones de por qué lo hace, lo cual no fue atendido por el *a quo* en el presente caso, pues justificó su decisión en el formulario firmado por la parte actora, aun cuando la CSJ ha indicado

que el mismo resulta insuficiente para acreditar el consentimiento informado. Que tampoco es necesario que el afiliado tenga una expectativa legítima para exigir el deber de información de la AFP. Que tampoco se analizó la circular 1 expedida por la entonces Superintendencia Bancaria, según la cual al expedirse la obligación de la Ley 797 de 2003, impuso la obligación de notificar al domicilio del afiliado la posibilidad regresar al RPMPD. Que no es procedente la condena en costas, pues en los términos de la Corte Constitucional, su demanda no fue temeraria, ni contaba con una mínima probabilidad de éxito.

7. Alegatos AFP PORVENIR (Decreto 806 del 2020). Indicó que las características del RAIS se encuentran señaladas en la ley, de manera que el actor no puede alegar el desconocimiento de esta por prohibirlo expresamente el C.C. Agregó que para el momento en que se produce el cambio de régimen pensional no era factible realizar estimación del monto pensional, por cuanto el RAIS depende del comportamiento fluctuante de la economía. Resaltó que no es procedente la devolución de los gastos de administración y que la parte demandante es una persona con todas las condiciones físicas, emocionales y mentales que le permiten realizar actos jurídicos, como lo es el traslado de régimen pensional.

8. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Indicó que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, no contaba con una expectativa legítima ni con un derecho adquirido; además, no hizo uso de su derecho al retracto cuando se trasladó de régimen y tampoco cuenta con 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994 para retronar al RPMPD en cualquier tiempo. También dijo que la nulidad del actor no se alegó dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del C.C.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos y si es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación, que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la parte actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la parte actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la parte actora? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la parte demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los

vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado Nº 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Rafael Antonio Quintero Cubides, cotizó al ISS entre el 28 de marzo de 1985 y el 30 de junio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones obrante en el expediente administrativo (CD fol. 59); el 29 de junio de 1994, firmó la solicitud de afiliación a la AFP PORVENIR S.A. según el formulario de vinculación (Fol. 153); la cual se hizo efectiva a partir del 1º de junio de 1994 conforme aparece en el historial de vinculaciones de ASOFONDOS (fol. 154); el 23 de octubre de 2009, firmó la solicitud de afiliación a la AFP Skandia hoy OLD Mutual, de acuerdo al formulario de vinculación (Fol. 110).

DEBER DE INFORMACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época por parte de la AFP –año 1994-- la CSJ ha señalado que se debía hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado

de pensiones, lo que implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

Actuación que no acreditó la AFP PORVENIR S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer que la sociedad en mención si le brindó una información al demandante y específicamente en qué consistió.

FORMULARIO DE AFILIACIÓN

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar al actor 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, no siendo suficiente la leyenda preimpresa establecida en el formulario de afiliación.

CALIDAD DE BENEFICARIO DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

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

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

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

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

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 28 de mayo de 2019 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS realizado por el señor RAFAEL ANTONIO QUINTERO CUBIDES identificado con la cédula de ciudadanía 19.483.023, y en consecuencia, se ordena a la AFP OLD MUTUAL que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deben asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. que traslade a Colpensiones los valores deducidos al actor por concepto de gastos de administración y comisiones, mientras estuvo afiliado a dicha sociedad.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de las AFP OLD MUTUAL y PORVENIR S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera corren a cargo de las demandadas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***MARTHA ELENA GIL RODRÍGUEZ***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP PROTECCIÓN S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-27-2018-00011-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en los procesos que ocupan la atención de la Sala.

3. Contestación de COLPENSIONES. COLPENSIONES contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado de la demandante se llevó a cabo de manera libre y voluntaria. Indico que no se presentaron vicios del consentimiento, como el error, la fuerza o el dolo. Además, dijo que la actora tuvo la posibilidad de regresar al RPMPD, y aun así decidió permanecer en el RAIS, sumado a que no se ha vulnerado ningún derecho pensional al realizar el traslado, en la medida que la demandante no es beneficiara del régimen de transición, ni contaba con una expectativa legítima. Propuso como excepciones de fondo las de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica. (fol. 74 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN S.A. La AFP PROTECCIÓN S.A. contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el contrato de afiliación celebrado con la demandante es plenamente válido y está llamado a producir todos sus efectos, dado que confluyeron todos los elementos para su existencia y validez, al tiempo que no existió vicio del consentimiento de la demandante ni se le ocultó información antes de firmar su vinculación; además, los asesores comerciales de la sociedad se encuentran debidamente capacitados para dar toda la información relevante y necesaria para orientar a las personas en sus posibles inquietudes respecto del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de validez de la afiliación a PROTECCIÓN S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la genérica. (fol. 113 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 11 de junio del 2019 en la que el Juzgado negó las pretensiones formuladas por la actora, absolvió a las demandadas de las mismas, declaró probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y la validez de la afiliación y condenó en costas a la parte actora. (C.D. fol. 259 Min. 41:24).

Como sustento de su decisión indicó que, si bien Protección no cumplió con la carga de probar que brindó una correcta y debida asesoría ante la actora al trasladarse al RAIS, lo cierto es que llevó a cabo una reasesoría en el año 2007, en la cual se le informó a la demandante todos los aspectos relacionados con ambos regímenes pensionales, haciéndole un cálculo de la posible mesada pensional en ambos regímenes, por lo que se cumplió el deber de información en los términos de la CSJ.

Que en la fecha en que la demandante fue reasesorada (hacia el año 2007), aun contaba con la posibilidad de retornar al RPMPD, no obstante, manifestó su deseo de quedarse en Protección.

Que no es procedente acceder a la pretensión subsidiaria, esto es, que se condene a la AFP convocada al reconocimiento de la pensión de vejez conforme a los parámetros establecidos por el RPMPD, pues el RAIS tiene establecidas sus propias reglas para el efecto.

6. Impugnación y límites del ad quem. La parte actora impugnó la decisión señalando que, si bien recibió una reasesoría en el año 2007, el asesor que la atendió le manifestó que los rendimientos y movimientos bursátiles de las inversiones del fondo, iban a ser superiores como lo manifestó la demandante en su interrogatorio, de suerte que, a la fecha de su traslado en el año 1994, y a la fecha de la reasesoría, no se le brindó toda la información clara y veraz, según lo exigido por la CSJ en su jurisprudencia.

7. Alegatos demandante (Decreto 806 del 2020). Indicó que el Juzgado de primera instancia cometió un error de interpretación jurisprudencial, pues avaló una reasesoría brindada 10 años después de suscribirse el formulario único de afiliación, además desconoció que la CSJ ha indicado que es la AFP privada quien debe acreditar el cumplimiento de la obligación de brindar toda la información al potencial afiliado, desde la antesala de la afiliación, es decir, desde el año 1994, e informar ventajas y desventajas de los regímenes pensionales al momento del traslado. Por lo anterior, solicitó revocar el fallo impugnado.

8. Alegatos Colpensiones (Decreto 806 del 2020). Indicó que a la demandante le faltan menos de 10 años para pensionarse, de manera que la encargada de asumir el derecho pensional corresponde a la AFP Protección; además, la actora no hizo uso de su derecho al retracto cuando se trasladó de régimen y tampoco ha alegado la nulidad del acto dentro del término a que se refiere el artículo 1750 del C.C. Finalmente, dijo que Colpensiones no debe ser condenada en costas, pues ha actuado conforme a la ley y no tuvo nada que ver en la decisión de la actora de trasladarse de régimen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación, que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la parte actora se

trasladó de régimen pensional?; (ii) ¿Se sanea la falta de información por haberse recibido una reasesoría con posterioridad al traslado inicial? (iii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la parte actora? y (iv) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

INEFICACIA DEL TRASLADO DE REGIMEN - NO NULIDAD DEL TRASLADO

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que la señora Martha Elena Gil Rodríguez, cotizó al ISS entre el 4 de febrero de 1980 y el 31 de agosto de 1986, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 247) y que el 9 de junio de 1994 firmó la solicitud de afiliación a la AFP PROTECCIÓN S.A., conforme aparece en el formulario de vinculación (fol. 59)

DEBER DE INFORMACIÓN Y CARGA DE LA PRUEBA

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

contractual, quien en este tipo de procesos se enfrenta a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Actuación que no probó la AFP PROTECCIÓN S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer que dicha sociedad si le brindó una información a la demandante y específicamente en qué consistió.

La Sala no desconoce que para el momento en que la accionante 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; lo cierto es que, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado Nº 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones

es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, no siendo suficiente la leyenda preimpresa establecida en el formulario de afiliación.

REASESORÍA POSTERIOR AL TRASLADO

En relación con el tópico que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información al existir una reasesoría, debe señalarse que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, ello no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones, la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

En ese orden, cualquier **asesoría que haya sido brindada con posterioridad** al momento en que se realizó el traslado, como equivocadamente lo concluyó el Juzgado, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP PRIVADA al momento del traslado de régimen, pues un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega, brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente pierde su utilidad, lo que equivale a la ausencia de información.

ACEPTACIÓN DE APORTES Y ACTIVACIÓN DE LA AFILIACIÓN

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la actora 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 PROTECCIÓN de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-)

EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de junio de 2019, por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS realizado por la señora MARTHA ELENA GIL RODRÍGUEZ identificada con la cédula de ciudadanía 39.681.008, y en consecuencia, se ordena a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e

intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales debe asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP PROTECCIÓN S.A. y a reactivar la afiliación de la demandante al régimen administrado por ésta.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera corren a cargo de las demandadas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***ARGEMIRO SUÁREZ QUINTERO***
DEMANDADO:	***COLPENSIONES – AFP COLFONDOS S.A.-AFP OLD MUTUAL***
RADICACIÓN:	***1100131050-12-2017-00773-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***INEFICACIA TRASLADO***

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

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

AUTO

Se reconoce personería para actuar a la Dra. MARIA ELENA FIERRO GARCÍA, como apoderada sustituta de Colpensiones y al Dr. JUAN SEBASTIÁN VELANDIA PARRAGA, como apoderado sustituto de OLD Mutual en los términos y para los efectos de los poderes conferidos conforme lo dispone el art. 74 del CGP, los cuales fueron allegados mediante correo electrónico.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

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

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma; sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en los procesos que ocupan la atención de la Sala.

3. Contestación COLPENSIONES. Contestó señalando que se opone a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no acreditó ninguna de las causales de nulidad, como los vicios del consetimiento. Que el actor se encuentra inmerso en la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003. Propuso como

excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, buena fe y la genérica. (fol. 286 y s.s.)

4. Contestación de COLFONDOS S.A. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el demandante no cumple con las condiciones establecidas en las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013, por tanto, no pertenece al grupo de afiliaos que podrán trasladarse de régimen en cualquier tiempo, además, cuenta con menos de 10 años para cumplir la edad mínida de pensión, siendo claro que no puede retornar al RPMPD. Que en el presente caso no se configura un vicio en el consetimiento del demandante. Que las sentencias de la CSJ no son precedente para el caso objeto de estudio, en tanto no existe simulitud fáctica con los procesos analizados por la Corproación. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica. (fol. 202 y s.s.)

5. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. La AFP OLD MUTUAL contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que un error de derecho no vicia el consentimiento, pues el desconocimiento de la ley no sirve de excusa. Que el demandante tampoco prueba de manera si quiera sumaria la concurrencia del dolo como vicio en el consentimiento. Que la pretensión de nulidad se encuentra actualmente prescrita en los términos del artículo 1750 del C.C. Que el actor presentó traslados entre administradoras del RAIS, convalidando así su decisión de pertenencer al régimen. Que la jurisprudencia de la CSJ no es aplicable al examine, en cuanto a que los casos analizados por la alta Corporación no son análogos al aquí planteado. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 120 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 16 de septiembre del 2019, en la que el Juzgado absolvió a las demandadas de las pretensiones formuladas en su contra y declaró probada la excepción de inexistencia de causal de nulidad o de ineficacia de la afiliación. (C.D. fol. 302 Min. 46:10).

Como sustento de su decisión indicó que el demandante no es beneficario del régimen de transición, y si bien, desde la jurisprudencia se ha definido el deber de información en todos los momentos de la afiliación, el hecho de que se generen más de dos cambios de administrador, como ocurrió en el caso del actor, involucra la condición de conocimiento de la incidencia de las decisiones en la permanencia o movilidad dentro del RAIS, y la posibilidad del afiliado de ratificar la existencia del traslado, más aun cuando todos los traslados efectuados por el actor dentro de este régimen, tuvieron lugar cuando aun podía regresar al RPMPD.

7. Impugnación y límites del ad quem. El actor interpuso recurso de apelación argumentando que el traslado al RAIS tuvo ocurrencia el 13 de abril de 1994, sin embargo, en el expediente no obra el formulario de afiliación, lo cual desconoce lo establecido en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que para el traslado de régimen el trabajador debe presentar comunicación escrita en la que conste que la selección del régimen debe ser realizada de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo que se ratifica en lo consagrado en el Decreto 692 de 1994, siendo claro que en el caso no obra la manifestación libre y voluntaria del traslado inicial efectuado por el convocante. Que los distintos traslados realizados entre administradoras de fondos de pensiones no convalidan el traslado inicial, tal y como lo ha venido indicando

la CSJ. Que no se logró acreditar el cumplimiento del deber de información por parte de Colfondos, sociedad que tenía la carga de la prueba, como también lo ha establecido la CSJ, precedente que además es aplicable sin necesidad de tener la condición de beneficiario del régimen de transición o contar con una expectativa legítima.

8. Alegatos demandante. Solcitó revocar el fallo de primera instancia, argumentando que Colfondos no logró acreditar que el traslado realizado en el año 1994 estuviere precedido de suficiente ilustración e información, por lo que se vulneró el deber de información contemplado en el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, lo cual fue desconocido por el *a quo*, ignorando así el reiterado precedente jurisprundencial de la CSJ.

9. Alegatos Colpensiones. Indicó que no es procedente declarar la nulidad del traslado, por cuanto la parte actora no acreditó la concurrencia de un vicio del consentimiento.

10. Alegatos Old Mutual. Dijo que el actor efectuó su traslado al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, como quedó consignado en el formulario de afiliación, lo cual fue ratificado al trasladarse a tres administradoras de fondos de pensiones. Agregó que Colfondos cumplió con las obligaciones a su cargo de acuerdo con la normatividad vigente para el momento del traslado, conforme al Decreto 656 de 1994.

11. Alegatos Colfondos. Manifestó que el demadante no puede retornar al RPMPD porque al 1º de abril de 1994 no contaba con 750 semanas de cotización, conforme a las sentencias SU 062 de 2010 y SU 130 de 2013; amén que le faltan menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión. De otro lado, sostuvo que no se encuentra probado vicio del consentimiento alguno que pudiere generar nulidad en la afiliación del actor. Finalmente, adujo que la presente acción se encuentra afectada por la excepción de prescripción y que no es aplicable el precedente definido por la CSJ.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación, que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la parte actora se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de suscribir el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información? (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la parte actora fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿Se sanea la falta de información por el traslado entre varias AFP dentro del RAIS?; (v) Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la parte actora? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de regimen - no nulidad del traslado

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

Aclarado este aspecto, se encuentra acreditado dentro del proceso que el señor Argemiro Suárez Quintero cotizó al ISS entre el 19 de junio de 1979 y el 1º de agosto de 1983 (fol. 36); además, se trasladó a la AFP COLFONDOS S.A. el 13 de abril de 1994, con fecha de efectividad el 1º de mayo de 1994 y el 27 de julio de 2000, se trasladó a la AFP Protección, como da cuenta la certificación expedida por Colfondos (fol. 235). Finalmente, suscribió formulario de afiliación a Skandia hoy OLD Mutual, el 14 de marzo de 2005 (fol. 133).

Deber de información

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

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

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

Actuación que no probó la AFP COLFONDOS S.A., pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita establecer que sociedad si le brindó una información al demandante y específicamente en qué consistió.

Formulario de afiliación

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

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

Por tanto, la AFP Colfondos 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, lo cual no demostró haber realizado, no siendo suficiente la leyenda preimpresa establecida en el formulario de afiliación, por lo que además, resulta inane la discusión entorno a que en el expediente no obra prueba de la suscripción del formulario por parte del actor ante la AFP Colfondos para el 13 de abril de 1994.

Calidad de beneficiario del régimen de transición

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

Diferentes traslados entre administradoras

En relación con el tema que busca establecer si existe saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información cuando se produce el **traslado** del afiliado entre diferentes AFP del RAIS, debe señalarse que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la parte demandante dentro se hubiese trasladado a diferentes AFP, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la **oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado**, no con posterioridad, pues como se vio, el afiliado requiere para tomar decisiones, la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro.

En ese orden, cualquier **asesoría que haya sido brindada con posterioridad** al momento en que se realizó el traslado, no sanea la falta de información brindada por parte de la AFP PRIVADA al momento del traslado de régimen, como lo ha indicado nuestra CSJ, pues un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 16 de septiembre de 2019, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar DECLARAR la ineficacia del traslado al RAIS realizado por el señor ARGEMIRO SUAREZ QUINTERO identificado con cédula de ciudadanía número 19.331.861, y en consecuencia, se ordena a la AFP OLD MUTUAL que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante de manera íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deben asumir de sus propias utilidades.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. que traslade a Colpensiones los valores deducidos al actor por concepto de gastos de administración y comisiones, mientras estuvo afiliado a dicha sociedad.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de las AFP OLD MUTUAL y COLFONDOS S.A. y a reactivar la afiliación del demandante al régimen administrado por ésta.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera corren a cargo de las demandadas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***LINA YIZETH CESPEDES GUZMAN***
DEMANDADO:	***OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN Y EMPRESA DE TRANSPORTE DEL TERCER MILENIO TRANSMILENIO S.A.***
RADICACIÓN:	***1100131050-11-2017-00093-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE -DEMANDADA***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Lina Yizeth Cespedes Guzmán instauró demanda ordinaria contra Coobus S.A.S. y solidariamente contra la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo, el cual terminó sin justa causa imputable a la parte empleadora; en consecuencia, se condene a las demandadas al pago de las sumas correspondientes por concepto de salarios adeudados desde el 15 de julio de 2014, así como a título de cesantías, intereses a las cesantías y vacaciones desde el inicio del contrato de trabajo, e igualmente, la prima causada desde el mes de abril de 2014, los aportes al Sistema de Seguridad Social en salud, pensión, riesgos laborales y caja de compensación familiar, junto con la indemnización moratoria, la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que las demandadas celebraron un contrato de concesión, cuyo objeto es la explotación preferencial y no exclusiva del servicio de trasporte de pasajeros dentro del esquema SITP; que celebró contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Coobus S.A.S. desde el 4 de septiembre de 2013, para desempeñar el cargo de Auxiliar de Ruta, a cambio de un salario variable, que tenía como base la suma de $900.000; que en el mes de abril de 2014 la empresa Coobus S.A.S. dejó de funcionar de manera

intempestiva y sin autorización alguna para su cierre definitivo; que además, la empresa en mención dio por terminado el contrato de trabajo dando cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades mediante auto 400-012524 del 19 de agosto de 2016; que a la fecha le adeudan los salarios causados desde el 15 de junio de 2014, las prestaciones sociales, vacaciones y aportes al Sistema de Seguridad Social Integral; que el 21 de noviembre de 2016 formuló reclamación administrativa ante Transmilenio S.A., la cual fue resuelta el 7 de diciembre de 2016 en el sentido de informarle que la sociedad en mención no está relacionada con la contratación de los empleados de Coobus S.A.S.

2. Contestación de OPERADOR SOLIDARIO DE PROPIETARIOS TRANSPORTADORES COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN. Dio contestación oponiéndose parcialmente a las pretensiones de la demanda, argumentando que no es procedente acceder a los valores reclamadas por la demandante por concepto de acreencias laborales, en tanto que el 9 de julio de 2014, suspendió toda clase de operaciones y actividades de la sociedad.

Agregó que ha actuado de buena fe, pues de conformidad con la Resolución 00001938 del 8 de marzo de 2013, la Superintendencia de Puertos y Transportes decretó la "toma de sometimiento a control" de la sociedad, en tanto de encontraba en un punto negativo con el cumplimiento del contrato de concesión celebrado con Transmilenio S.A.; además mediante auto 40-012524 del 19 de agosto de 2016, la Superintendencia de Sociedades declaró abierto el proceso de liquidación de la empresa. No propuso excepciones. (fols. 49 y s.s.)

3. Contestación de TRANSMILENIO S.A. Dio contestación a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que no tiene ni ha tenido relación laboral o de cualquier naturaleza con la demandante, sumado a que en la planta de personal de la entidad nunca ha existido el cargo de Auxiliar de Ruta, el cual en todo caso resulta ajeno a su objeto social, cual es la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte público de pasajeros. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral entre Lina Yiseth Céspedes Guzmán y Transmilenio S.A., falta de legitimación en la causa por pasiva de la Empresa de Transporte del Tercer Milenio Transmilenio S.A., inexistencia de pretender solicitarse una solidaridad, inexistencia de las obligaciones pretendidas, indebida integración del contradictorio, prescripción de la acción, buena fe y la genérica. (fols. 80 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 2 de agosto de 2019, mediante la cual el Juzgado declaró que entre la actora y la empresa Coobus S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 4 de septiembre de 2013 y el 30 de abril de 2014, en virtud del cual la actora desempeñó el cargo de Auxiliar de Ruta y percibió como último salario la suma de $700.000, cuya terminación tuvo lugar por decisión de la trabajadora; condenó a Coobus S.A. S. y a Transmilenio S.A.S. al reconocimiento y pago de las sumas correspondientes por concepto de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones debidamente indexadas y un día de salario por cada día de retardo a razón de $23.333 desde el 31 de marzo de 2014 hasta por los primeros 24 meses y a partir del mes 25 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera hasta el 3 de marzo de 2019; absolvió de las

demás pretensiones, declaró no probadas las excepciones propuestas por la pasiva y condenó en costas a las demandadas. (CD fol. 112)

Su decisión se basó en que no media discusión frente a la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante y Coobus S.A.S. desde el 4 de septiembre de 2014, pues el mismo fue aceptado por la sociedad y se corrobora de las documentales allegadas al plenario. Dijo que se tiene como extremo final del contrato el 30 de abril de 2014, conforme a las nóminas obrantes al proceso, siendo el motivo de su terminación el hecho de que la actora se marchó para su tierra natal como lo indicó en su interrogatorio de parte.

Agregó que no se encuentra probada relación laboral con Transmilenio S.A., pues lo único que se observa con dicha empresa es la existencia de un contrato de concesión con Coobus S.A.S., el cual de ninguna manera genera relación laboral con la parte actora, sumado a que al leer los fundamentos de derecho expuestos en la demanda, lo que pretende la accionante respecto de Transmilenio S.A. es su responsabilidad solidaria.

De otro lado, indicó que se encuentra probado como salario de la actora la suma de $700.000 y como quiera que no se acredita el pago de las cesantías, los intereses a las cesantías y las vacaciones, procede su reconocimiento por el período de vigencia de la relación laboral, pudiendo la demandada deducir el valor pagado mediante consignación a la cuenta de ahorros de la convocante, el 3 de marzo de 2019.

Señaló que no se logró acreditar la terminación del contrato de trabajo por parte de la empleadora, pues si bien la Superintendencia de Sociedades dispuso la finalización de los contratos de trabajo de sus empleados, lo cierto es que ello ocurrió después de la fecha en que finiquitó la relación de la actora, que como se dijo lo fue el 30 de abril de 2014, amén que ella confesó en su interrogatorio que el motivo de finalización del contrato se debió a su decisión de marcharse para Espinal Tolima.

En cuanto a la indemnización moratoria, adujo que no se advierte justificación de la encartada sobre la falta de pago de las prestaciones sociales de la trabajadora, sin que sea óbice para reconocer la prestación el inicio del proceso de liquidación judicial el 16 de agosto de 2016, ni el cese de operaciones acaecido en julio de 2014, en tanto tales circunstancias no son atribuibles al trabajador, de manera que al no desvirtuarse la mala fe, procede la indemnización hasta el 3 de marzo de 2019, fecha en que la encartada Coobus S.A.S. verificó pago de prestaciones a favor de la demandante.

Manifestó que en virtud del contrato de concesión Coobus S.A.S. adquirió la calidad de contratista independiente frente a Transmilenio S.A., precisando que el objeto de dichas sociedades goza de una particular semejanza, pues Coobus se dedica a explotar y ejecutar la actividad de transporte público terrestre de pasajeros, y Transmilenio se encarga de su gestión, organización y dotación, de manera que se configura la solidaridad de que trata el artículo 34 del CST.

Finalmente, indicó que no se encuentra probada la excepción de prescripción, pues la relación terminó el 19 de agosto de 2016, se elevó reclamación el 21 de noviembre de la misma anualidad y la demanda se formuló el 21 de febrero de 2017. (fol. CD 112).

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme a las pruebas documentales aportadas con la demanda, la terminación del contrato de trabajo tuvo lugar el 16 de agosto de 2016, como lo establece el decreto liquidatorio de la Superintendencia de Sociedades, y si bien en el interrogatorio de parte la actora manifestó que se trasladó al Tolima, ello pudo obedecer a los nervios y a la falta de costumbre para rendir declaraciones, no existiendo una confesión en las fechas que ella misma manifestó.

Por su parte la **demandada Transmilenio S.A.** formuló recurso de apelación indicando que si se tiene en cuenta como extremo final del contrato de trabajo el *"30 de abril de 2016"*, así como que la demanda fue radicada el 6 de febrero de 2017, todas las prestaciones que se causaron con anterioridad al 6 de febrero de 2014 se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, lo cual no fue tenido en cuenta por el Juzgado, en la medida que reconoció dichos conceptos por el período de vigencia de la relación laboral.

Agregó que se ha condenado a la indemnización moratoria, a razón de un día de salario por cada día de retardo, sin tener en cuenta que conforme al artículo 65 del CST, la misma no se liquida de manera automática, y si se tiene en cuenta la fecha de terminación del vínculo el 30 de abril de 2014, la demandante contaba con 2 años para que se hiciera su cálculo en las condiciones anotadas por el Juzgado; no obstante, al radicarse la demanda el 6 de febrero de 2017, la liquidación debió atender únicamente la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera.

De otro lado, señaló que el Juzgado no hizo alusión a la prohibición legal contenida en el artículo 6º del Acuerdo 04 de 1999, en virtud de la cual Transmilenio S.A. no puede explotar ni por sí, ni por interpuesta persona el servicio público de transporte, además, su objeto social se limita a la gestión organización y planeación del mismo, de manera que la labor ejecutada por la demandante no podría ser contratada por la empresa en razón a su naturaleza y a las normas especificas que regulan la vinculación de personal, por manera que no es procedente la solidaridad declarada por el Juzgado, máxime que Transmilenio no es propietaria de buses y se dedica a celebrar concesiones en el marco de la Ley 80 de 1993, dado el alcance de su actividad. (C.D. fol. 79).

6. Alegatos Transmilenio S.A. Indicó que el Juzgado echó de menos que todas las acreencias anteriores al 3 de febrero de 2014 se encontraban afectadas por el fenómeno de la prescripción. Agregó que su función principal como ente gestor, corresponde a la gestión, organización y planeación del servicio de transporte público masivo urbano de pasajeros en el Distrito Capital y su área de influencia, advirtiendo que la explotación de dicho servicio se excluyó, por expresa prohibición legal, de su objeto social, no siendo viable que pueda ejecutar el

objeto social de COOBUS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN como actividad ordinaria, por lo que en el presente caso no existe la solidaridad reclamada por el Juzgado. Finalmente, dijo que la demanda se radicó el 3 de febrero de 2017, esto es, 34 meses después de la finalización del vínculo, con lo cual el cálculo de la sanción moratoria obedecería a la liquidación de los intereses moratorios a la tasa máxima de un crédito de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, y no, como lo ordenó el Juzgado, como una suma igual a un día de salario por cada día de retardo y hasta 24 meses.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por la parte demandante y por Transmilenio S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿El contrato de trabajo celebrado entre la demandante y Coobus S.A.S. en realidad terminó el 16 de agosto de 2016? (ii) ¿La demandada Transmilenio es solidariamente responsable de las acreencias debidas a la demandante? (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción propuesta por Transmilenio S.A.? y (iv) ¿Si como lo afirma Transmilenio S.A., la indemnización moratoria solo es procedente por los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera?

De la existencia de la relación laboral

No existe discusión en el presente asunto en cuanto a que la demandante y la empresa Operador Solidario de Propietarios de Transportadores Coobus S.A.S., celebraron un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 4 de septiembre de 2013, para que la actora desempeñara el cargo de Auxiliar de Ruta, pues así lo aceptó la demandada en mención en la contestación de la demanda y se constata con el contrato de trabajo, visible a folios 21 y s.s. del expediente.

Tampoco media controversia en cuanto a que el salario pactado ascendió a la suma mensual de $700.000, pues así lo determinó el fallador de primera instancia, y ello no se controvirtió mediante el recurso de apelación.

Del extremo final del contrato de trabajo

Es objeto de controversia por la parte actora el extremo final del contrato de trabajo declarado por el Juez establecido para el 30 de abril del año 2014, pues a juicio de la recurrente el finiquito tuvo lugar el 19 de agosto de 2016, conforme al Auto de Liquidación Obligatoria expedido por la Superintendencia de Sociedades, en el cual se ordenó a Coobus S.A.S. dar terminación a las relaciones laborales vigentes para dicha fecha, independientemente de lo que haya señalado la demandante en su interrogatorio de parte.

Sobre el punto advierte la Sala que sobre la demandada Coobus S.A.S pesa la presunción de veracidad del hecho décimo séptimo de la demanda, por la inasistencia de su representante legal a la etapa de conciliación de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, en el cual se indicó por la convocante que la empresa en mención terminó el contrato de trabajo en cumplimiento a lo ordenado por la Superintendencia de Sociedades mediante Auto 400-012524 del 19 de agosto del 2016, el que además fue aceptado por la sociedad referida.

En ese orden, en principio debería aceptarse como extremo final del contrato de trabajo el 19 de agosto del 2016, no obstante, ha de decirse que en el interrogatorio de parte rendido por la demandante, bajo la gravedad de juramento, ésta indicó que dejó de prestar sus servicios a la sociedad Coobus los últimos días de diciembre del año 2013, pues para esa época ella se fue para *"el campo"* (CD fol. 110), y si bien se contradice, en tanto indicó que no recuerda la fecha exacta en que dejó de laborar en la entidad, ello no resulta de recibo para la Sala, ya que claramente reiteró en dos oportunidades que su labor la desempeñó durante los últimos días de diciembre del 2013 y después retornó a su lugar de origen, luego es claro que existe confesión sobre este aspecto, siendo igualmente preciso advertir que la Corporación no advierte que la actora se encontrare nerviosa al momento de rendir su declaración, como lo pretende hacer ver su apoderada en el recurso de apelación.

Así las cosas, encuentra la Colegiatura que el contrato de trabajo celebrado entre la demandante y Coobus S.A. terminó incluso antes de lo indicado por el Juzgado de primera instancia, esto es, en el mes de diciembre de 2013, muy a pesar que en el expediente obren nóminas a folios 35 y 36 que corresponden a la primera quincena de marzo y la primera quincena de abril de 2014, que dicho sea de paso no se encuentran suscritas, pues conforme a la confesión de la propia demandante, la relación terminó a dicha data.

Por tanto, no puede la demandante pretender que se tenga como fecha final del contrato de trabajo el 19 de agosto de 2016, oportunidad en la cual la Superintendencia de Sociedades expidió el auto que admitió la liquidación obligatoria de Coobus S.A.S., pues es claro que a esa fecha no se encontraba vigente la relación laboral, incluso ya había terminado para la data en la cual la empresa en mención había suspendido operaciones, esto es, en el mes de julio de 2014, como lo determinó el Juzgado de primera instancia.

No obstante, debe decirse que si bien la Sala encuentra que el contrato perduró hasta una fecha anterior a la definida por el Juzgado de primera instancia (30 de abril de 2014), la decisión del inferior no está llamada a sufrir modificación, en virtud del principio de la *reformatio in pejus,* en tanto que la demandante es única apelante sobre este aspecto.

Por lo anterior, se conforma la decisión de primera instancia sobre este punto.

De la solidaridad

Para efectos de determinar si la demandada Transmilenio S.A., es responsable solidaria de las acreencias laborales debidas a la demandante debe recodar la Colegiatura que ello tiene su fundamento en la siguiente disposición del Código Sustantivo de Trabajo:

> *"ARTICULO 34. Contratistas independientes «modificado por el artículo 3o. del Decreto 2351 de 1965».*
> *1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores."*

Conforme a dicha norma, existe solidaridad entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente, respecto de las obligaciones laborales de los trabajadores de éste, siempre que las actividades contratadas por el dueño de la obra tengan una relación directa con aquellas que derivan del giro ordinario de sus negocios, de manera que el ejercicio que se debe emprender a fin de resolver la *litis* en ese puntal aspecto, consiste en comparar el objeto social de una y otra empresa para establecer si las actividades de la contratista son extrañas o ajenas al giro ordinario de los negocios de la usuaria. Así lo ha definido la CSJ Sala de Casación Laboral, entre otras, en la sentencia SL601-2018.

Descendiendo al caso concreto, y al no existir discusión en cuanto a la calidad de contratista independiente del Coobus S.A.S., en virtud del contrato de concesión celebrado con Transmilenio S.A., pues así lo definió el *a quo* y no se efectúa ningún reparo en el recurso de apelación, procede la Sala a verificar el objeto social de cada una de las empresas convocadas, para lo cual advierte que Coobus S.A.S. tiene por objeto la explotación preferencial y no exclusiva de la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP, en las zonas indicadas en el certificado de existencia y representación legal (fols. 13 y s.s.).

Lo anterior, resulta extraño y ajeno al objeto social de Transmilenio S.A., pues si bien esta empresa se dedica a la gestión, organización y planeación del servicio integrado de transporte terrestre automotor, transporte terrestre férreo y sistemas alternativos de movilidad como el cable aéreo, entre otros, lo cierto es que como lo aduce la demandada en mención en su apelación, conforme al numeral 6º del artículo 3º del Acuerdo 04 de 1999, *"TRANSMILENIO S.A. no podrá ser operador ni socio del transporte masivo terrestre urbano automotor por si mismo o por interpuesta persona, ya que la operación del sistema estará contratada con empresas privadas"*, siendo claro que a la entidad le está vedado explotar la prestación del servicio público de transporte de pasajeros dentro del esquema SITP, por disposición normativa.

Conforme a lo anterior, se equivocó el Juzgado de primera instancia al declarar solidariamente responsable a Transmilenio S.A., de las acreencias laborales adeudadas a la demandante, siendo lo procedente revocar la decisión de primera instancia sobre este puntual aspecto, como se pretende en la alzada de la demandada en mención y en sus alegatos de conclusión.

Lo anterior, además, releva a la Sala de dilucidar los problemas jurídicos planteados en relación con la prescripción y la indemnización moratoria, pues quien debatió estos puntos fue la demandada Transmilenio S.A. y no Coobus S.A.S, quien no formuló recurso de apelación, siendo claro que al no ser Transmilenio S.A. responsable solidaria de las obligaciones reconocidas en primera instancia, no se encuentra legitimada para su impugnación.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida el 2 de agosto del 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, únicamente en relación con la responsabilidad solidaria reconocida respecto de Transmilenio S.A., para en su lugar absolver a dicha sociedad de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

S

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***HERNÁN PATIÑO MARÍN***
DEMANDADO:	***MASSY ENERGI COLOMBIA S.A.S.***
RADICACIÓN:	***1100131050-13-2017-00728-01***
ASUNTO:	***CONSULTA SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***PAGO HORAS EXTRAS***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Hernán Patiño Marín instauró demanda ordinaria contra Massy Energi Colombia S.A.S. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió una relación laboral y que la demandada debe reconocer a su favor las horas extras causadas durante la vigencia de la misma; en consecuencia, se condene al pago de dichas horas extras, junto con el reajuste de las cesantías, los intereses a las cesantías, la prima de servicios, las vacaciones y los aportes al Sistema General de Pensiones, así como la indemnización moratoria, la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación 42 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la demandada el 17 de abril de 2015, para desempeñar el cargo de Técnico Instrumentista I; que el último salario devengado ascendió a la suma de $3.141.775; que la jornada de trabajo pactada era 15 días de trabajo por 6 días de descanso, en turnos de 6pm a 6am, con una hora de cena entre las 9pm y las 10 pm, incluyendo un receso de 22 minutos, o de 6am a 6pm con una hora de almuerzo entre las 12m y la 1 pm, y dos recesos de 22 minutos, uno en la mañana y otro en la tarde; que la demandada no reconoció a su favor 153 horas extras ordinarias, 42 horas extras ordinarias nocturnas, 11 horas extra diurnas festivas y 182 recargos dominicales

y festivos diurnos, además, en la liquidación final de prestaciones sociales tomó un salario que no corresponde, esto es, la suma de $3.141.775; que la relación laboral terminó el 4 de octubre de 2016 y a pesar de reclamar el reconocimiento y pago de los conceptos adeudados mediante carta del 16 de diciembre del mismo año, la demandada se negó a su reconocimiento.

2. Contestación de MASSY ENERGI COLOMBIA S.A.S. Contestó la demanda aceptando la existencia de la relación laboral por los extremos aducidos por el actor y oponiéndose a las demás pretensiones, argumentando que pagó oportunamente al trabajador las horas extras registradas y laboradas, tal como consta en los desprendibles de nómina, precisando además que el actor prestó sus servicios dentro de la jornada máxima legal con una hora de almuerzo o cena y disfrutó del descanso obligatorio.

Agregó que el demandante no acredita el supuesto trabajo suplementario que aduce en la demanda, además, precisó que a la terminación del vínculo liquidó y canceló en debida forma al demandante sus prestaciones sociales, así como sus períodos de vacaciones, teniendo en cuenta para el efecto el salario realmente devengado. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y ausencia de causa, prescripción, pago, compensación y buena fe. (fols. 69 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de abril del 2019, en la que el Juzgado absolvió a la demandada de las pretensiones invocadas en su contra y condenó en costas al demandante. (CD fol. 111)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia del contrato de trabajo celebrado entre las partes, desde el 17 de abril de 2015 y el 4 de octubre de 2016, tal y como lo aceptó la empresa convocada a juicio.

Agregó que le correspondía a la parte demandante la carga de desmostar que laboró un número mayor de horas extra a las que fueron efectivamente reconocidas por la encartada, quien no niega que en efecto la parte convocante prestó sus servicios fuera de la jornada ordinaria.

Dijo que de las documentales visibles a folios 84 a 100 del expediente se tiene que el actor en efecto trabajó el número, intensidad y horarios indicados en dichas pruebas, sin embargo, las horas extras fueron debidamente canceladas por la accionada, según dan cuenta los comprobantes de nómina.

Igualmente, indicó que de acuerdo con la liquidación allegada por la propia parte demandante que obra a folio 16, se observa que fue considerado para el reconocimiento de las prestaciones un salario muy superior al básico, e incluso al tomado por el Juzgado cuanto halló el promedio para la debida cuantificación, pues la demandada consideró un valor de $4.491.263.

Por lo anterior, concluyó que carecen de visos de prosperidad las pretensiones invocadas por la parte reclamante. (fol. CD 111).

5. Alegatos demandada. Solicitó confirmar la decisión adoptada por el juez de primera instancia, en el entendido que MASSY ENERGY COLOMBIA S.A.S., en todo momento cumplió con sus obligaciones laborales derivadas del vínculo suscrito con el señor Peña, liquidando en forma correcta cada uno de los emolumentos laborales a los que el mismo tenía derecho en virtud de dicho vínculo, y como consecuencia, no adeuda suma de dinero alguna al demandante, máxime cuando éste no logró cumplir con la carga de la prueba que se encontraba en su cabeza, en relación con el trabajo sumplementario que reclama.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se conoce en grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante, por ser la setnencia totalmente adversa a sus pretensiones de conformidad con el art. 69 del CPT y de la SS.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al negar el reconocimiento y pago de las horas extras y la reliquidación de las prestaciones sociales y vacaciones peticionadas en la demanda?

De la existencia de la relación laboral

En el presente caso se encuentra acreditado que las partes celebraron un contrato de trabajo por obra o labor desde el 17 de abril de 2015, para que el actor desempeñara el cargo de Tecnico Intrumentista 1, modalidad contractual que fue modificada a término indefinido, mediante Otrosí No. 002 del 25 de enero de 2016 suscrito por las partes (fols. 77 a 79).

Igualmente, se encuentra probado que el contrato de trabajo terminó el 4 de octubre de 2016, por renuncia del trabajador, como da cuenta la carta visible a folio 80 y la comunicación de aceptación obrante a folio 81.

De las horas extras y la reliquidación de las prestaciones sociales

Con la finalidad de resolver el problema jurídico planteado, observa la Sala que la parte actora en su escrito de demanda reclama el reconocimiento y pago de 153 horas extras diurnas, 42 horas extras nocturnas, 11 horas extras festivas y 182 recargos dominicales y festivos, además, indica que la liquidación de prestaciones sociales que le fue reconocida no consideró su salario real, el cual ascendió a $3.141.775.

Frente a ello, la demandada indicó que el actor prestó sus servicios dentro de la jornada máxima legal, y que siempre que laboró horas extras, las mismas le fueron reconocidas durante la vigencia de la relación laboral, precisando igualmente, que el cuadro de liquidaciones obrante en el proceso fue efectuado por el apoderado de la parte demandante y no corresponde a la realidad, pues en ningún momento fue realizado por la encartada.

Pues bien, debe la Sala rememorar que de antaño la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enseñado que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos, las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae, tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que se estimen trabajadas. Así se ha definido, entre otras, en la sentencia SL2931-2019.

En el presente caso, se advierte que en efecto el actor durante la ejecución del contrato de trabajo prestó sus servicios más allá de la jornada ordinaria, pues ello es aceptado por la encartada en su contestación y se puede observar de los desprendibles de nómina visibles a folios 84 y s.s., en los que se relacionan las horas extras diurnas ordinarias y extraordinarias, así como los recargos dominicales que efectivamente fueron pagados a su favor.

No obstante, observa la colegiatura que adicional a las documentales reseñadas no obra prueba dentro del proceso que permita establecer que el actor en realidad laboró horas extras distintas a las aceptadas por el empleador y relacionadas en los comprobantes de nómina, pues nótese que el convocante únicamente allega unas liquidaciones obrantes a folios 44 y s.s. que no tienen la virtud de acreditar el trabajo suplementario que reclama, en tanto fueron elaborados por el mismo demandante a petición del Juzgado mediante el auto que inadmitió la demanda.

A lo anterior se suma que, aunque en la demanda se indicó que el actor prestó sus servicios en turnos de 12 horas por 15 días, con 6 días de descanso, dicho horario no fue aceptado por la encartada en su contestación, y el mismo tampoco se constata del contrato de trabajo, ya que, en éste se indica únicamente que el servicio será prestado en un turno de *"14*7"* (fol. 77).

En ese orden, encuentra la Sala de Decisión que el accionante no cumplió con la carga probatoria que le compete conforme al artículo 167 del CGP, ya que no demostró dentro del proceso que laboró horas extras adicionales a las que le reconoció la empresa demandada, y que se constatan en los desprendibles de nómina allegados con la contestación de la demanda.

Ahora bien, en lo que se refiere al reparo de la parte actora en relación con la liquidación de sus prestaciones sociales, pues según su dicho no se consideró el salario realmente devengado, el cual estipuló en suma mensual de $3.141.775, ha de decirse que observada la liquidación de prestaciones sociales allegada con la demanda (fol. 16), si bien la demandada incluyó como salario básico la suma de $2.820.623, lo cierto es que procedió a liquidar dichos emolumentos con un monto superior, incluso al que pretende se le aplique la parte accionante, pues nótese por ejemplo, que para el auxilio de cesantías se consideró un salario base de $4.491.263,11; igualmente, para la prima de servicios se aplicó un salario de $4.259.173 y para las vacaciones adeudadas se consideró un salario de $4.365.286.83, sumas que incluso resultan superiores a la remuneración

promedio hallada por esta Sala, en tanto que al tomar los salarios variables devengados por el convocante los últimos 3 meses (fols. 98 a 100), se obtiene un promedio de $4.116.825.

Por tanto, concluye la Sala que no es procedente acceder al reconocimiento del trabajo suplementario peticionado por el actor, ni a la reliquidación de las prestaciones y vacaciones que le fueron reconocidas, siendo claro que acertó el Juzgado de primera instancia al absolver a la demandada de los pedimentos formulados en su contra.

Virtud de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la sentencia consultada, como se solicita por la encartada en sus alegaciones.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 22 de abril del 2019, por el Juzgado 13 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional de consulta.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JULIETH CONSTANZA ORTÍZ OCAMPO***
DEMANDADO:	***RESTREPO Y URIBE SERVICIOS S.A.S.***
RADICACIÓN:	***1100131050-34-2018-00432-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA***
TEMA:	***INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO CONTRATO A TÉRMINO FIJO***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Julieth Constanza Ortiz Ocampo instauró demanda ordinaria contra Restrepo y Uribe Servicios S.A.S. con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo entre el 1º de febrero de 2017 y el 26 de julio de 2018, el cual terminó sin justa causa; en consecuencia, se condene al pago de la indemnización por despido sin justa causa por los salarios causados hasta el vencimiento de la prórroga del contrato de trabajo, esto es, hasta el 24 de enero de 2019, junto con la indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 21 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que celebró contrato de trabajo a término fijo con la demandada, el cual se ejecutaría entre el 1º de febrero de 2017 y el 31 de julio de la misma anualidad, esto es, por un lapso de 181 días; que el cargo para el cual fue contratada es el de Profesional Financiero y Contable, siéndole reconocido un salario de $4.164.000 mensuales; que el 26 de julio de 2018, le fue notificada carta de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, siéndole reconocida la indemnización correspondiente únicamente por el valor de 3 días, desconociéndose que el vínculo laboral se había prorrogado hasta el 24 de enero de 2019; que a la fecha de presentación de la demanda, la accionada no había pagado en debida forma la indemnización por despido sin justa causa.

2. Contestación de RESTREPO Y URIBE SERVICIOS S.A.S. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el contrato se encontraba vigente única y exclusivamente hasta el 28 de julio de 2018, toda vez que le comunicó a la demandante a través de correo y mensajes de datos

Whatsapp, con más de 30 días de antelación, que el contrato no sería prorrogado, conforme al artículo 46 del CST.

Agregó que, en todo caso decidió finalizar el vinculo antes del cumplimiento del plazo pactado, esto es, el 26 de julio de 2018, reconociendo a favor de la demandante el valor equivalente a 3 días de indemnización por despido sin justa causa.

Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, pago, compensación, buena fe, prescripción, cobro de lo no debido, mala fe de la parte actora, contabilización del término fijo cuando se pacta en días y la genérica (fols. 38 y s.s.)

3. Fallo De Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de abril del 2019, en la que la falladora de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre las partes entre el 1º de febrero de 2017 y el 26 de julio de 2018, el cual se prorrogó por el término inicialmente pactado ante el silencio de las partes; condenó a la demandada a pagar a favor de la demandante la suma de $25.400.360 por concepto de indemnización por despido sin justa causa junto con la indexación a la fecha de pago; declaró parcialmente probada la excepción de compensación y condenó en costas a la encartada. (CD fol. 79)

Su decisión se basó en que el acto de aviso de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo debe surtirse por escrito y no con menos de 30 días antes de su finalización, tal y como lo establece el CST. Dijo que sobre la validez de los medios electrónicos, la CSJ ha establecido que los mensajes de datos o correos son susceptibles de ser apreciados por el juzgador, precisando que su análisis está sujeto al modo en como se incorporen en el proceso y que la sana crítica debe aplicarse con el rigor que exige la norma en donde se establece su forma de consolidación; así conforme al artículo 11 de la Ley 527 de 1999 habrá de tenerse en cuenta la confiabilidad en la forma en como se haya generado, archivado y comunicado el mensaje, así como la confiabilidad en la forma como se haya conservado la integralidad de la información y la forma en la que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente.

Agregó que la demandada aportó impresiones de correos electrónicos y mensajes de datos enviados a través del operador Whatsapp, por medio de los cuales señala haber remitido la carta de no prórroga del contrato de trabajo, sin embargo, al ser simples impresiones de papel sin ningún respaldo de protección de la información como sería lo pertinente a través de sistemas como la criptografía o la firma digital, no puede concluirse que a través de ellos se haya enviado válidamente la misiva visible a folio 69, y ni siquiera puede colegirse que dicho acto haya tenido en cuenta la firma de los testigos visible al reverso del folio en mención, en tanto que no es el acto idóneo para dar cuenta de la inalterabilidad y rastreabilidad de la información que solo puede garantizarse a través de la firma digital y la entidad certificadora que para el efecto ha dispuesto la ley.

Señaló que la mera impresión de los correos electrónicos no permite llegar a la certeza del dicho de la demandada, por lo que la relación laboral a término fijo se renovó por un período igual al inicialmente pactado, esto es, por 181 días, siendo procedente el reconocimiento de la indemnización por despido sin justa causa.

Precisó que, aunque el representante legal de la encartada afirmó en su interrogatorio de parte que la carta de no prórroga le fue enviada a la demandante mediante correo certificado, dicha documental no se encuentra arrimada al proceso.

Finalmente, adujo que debe declararse probada la excepción de compensación, pues la accionada reconoció a la actora un valor de $416.440 por concepto de indemnización por despido injusto, estando pendiente el saldo de $25.400.360.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que desde la contestación de la demanda se advirtió al Juzgado que en la audiencia de trámite y juzgamiento se proyectarían los correos electrónicos allegados al plenario, lo cual también fue solicitado en la etapa de decreto de pruebas, por cuanto dichos correos se encuentran contenidos en la web, sin embargo, el *a quo* no accedió a la petición aduciendo que los mismos se encontraban aportados en el expediente, lo cual dio al traste con la finalidad de que el despacho tuviera la certeza del destinatario y del correo electrónico de origen del cual fueron enviados a la actora.

Agregó que en ningún momento la demandante desconoció o tachó esos documentos, los cuales inclusive guardan plena relación con las declaraciones extra juicio rendidas por los tesgigos que también vinieron al proceso, y que tuvieron lugar días cercanos a la fecha en que terminó el contrato de trabajo.

Indicó que es posible observar el correo electrónico del cual fueron enviados los mensajes de datos como su destinatario e inclusive con la impresión de la firma digital correspondiente se aportó el documento relacionado con el descargue a tráves del sistema electrónico que se encuentra establecido por la demandada a su interior para los correos electrónicos que se llama Ristra, de lo cual se tiene que el correo enviado el 28 de junio de 2018 a la demandante a la dirección electrónica que ella misma aceptó en su interrogatorio, fue recibido y descargado, de suerte que se le comunicó con 30 días de antelación que su contrato no iba a ser prorrogado, indicando además, que los correos allegados al proceso gozan de todos los criterios estabelcidos en la Ley 527 de 1999. (C.D. fol. 79).

5. Alegatos demandada. Indicó que no es admisible desde ningún punto de visa que, después de el Juzgado considerar que las pruebas aportadas eran suficientes y que no se requería otro método de aducción, dedujera que las mismas no cumplían con las condiciones para ser mensajes de datos, sin siquiera permitir la proyección de tales correos electrónicos. Agregó que quedó probado que cumplió con su obligación de preavisar a la señora Julieth Constanza Ortiz Ocampo que el contrato no se prorrogaría más allá del 28 de julio de 2018, por lo que la indemnización máxima a pagar entre el 26 de julio y el 28 de julio de 2018, era el del término que faltaba por cumplir el contrato, es decir, de 3 días, lo cual canceló oportunamente. Por lo anterior, solicitó revocar la sentencia impugnada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Se encuentra acreditado que la demandada notificó dentro del término legal a la parte actora la no pórroga de su contrato de trabajo? En caso negativo, ¿Es procedente la indemnización por despido injusto reconocida por el Juzgado?

De la existencia del contrato de trabajo

No media discusión en esta instancia sobre la existencia de la relación laboral que unió a las partes, cual fue un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, cuyo término de duración fue pactado en 181 días, desde el 1º de febrero de 2017, tal y como fue aceptado por la demandada y se constata del contrato de trabajo visible a folios 51 y s.s., de cuyo contenido se observa además, que la actora fue vinculada para desempeñar el cargo de Profesional Financiero y Contable por un salario básico de $4.000.000.

Igualmente, se constata que después de haberse prorrogado el contrato de trabajo en dos ocasiones, la parte demandada lo dio por terminado sin justa causa el 26 de julio de 2018, esto es, 2 días antes de cumplirse el plazo de la segunda prórroga (fol. 72).

Del preaviso alegado por la parte actora

En aras de resolver el problema jurídico planteado, observa la Sala que la inconformidad del apelante con la decisión de primera instancia, se relaciona con la improcedencia de la indemnización por despido sin justa causa impuesta por el Juzgado, en tanto alega que con 30 días de anterioridad al vencimiento del plazo pactado, que lo era el 28 de julio de 2018, remitió preaviso a la trabajadora a través de distintos medios, en los que destaca unos correos electrónicos, que a su juicio gozan de valor probatorio.

El artículo 244 del Código General de Proceso, dispone que "*Los documentos en forma de mensaje de datos se presumen auténticos".*

Sobre la validez de los correos electrónicos como documentos auténticos, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1887-2020, que:

> *"…si bien es cierto la Ley 527 de 1999 reconoce a los mensajes de datos admisibilidad como medio de prueba, así como fuerza demostrativa, y que la jurisprudencia ha admitido que el documento electrónico "es equivalente al documento escrito" –sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de febrero de 2008, rad. N° 2001-06915-01,* ***también lo es que para que pueda ser tenido como medio calificado para efectos de la casación del trabajo, se debe tener certeza sobre su autenticidad con el cumplimiento de los protocolos establecidos en la misma Ley consistentes en la prueba técnica que avale o certifique su proveniencia y permita identificar al iniciador, o la aceptación de éste sobre la autoría del documento y su contenido como lo prevé el artículo 7° de la Ley 527 en comento****". (Negrillas y subrayado fuera de texto).*
>
> *En este orden, debe reiterarse que, para poder tener los correos electrónicos como prueba hábil en casación laboral, necesariamente se requiere determinar quién fue el iniciador del mensaje, salvo que este haya sido aceptado por su autor, tal y como lo prevé el artículo 7 de la L. 527/99, que dispone:*
>
> *Artículo 7°. Firma. Cuando cualquier norma exija la presencia de una firma o establezca ciertas consecuencias en ausencia de la misma, en relación con un mensaje de datos, se entenderá satisfecho dicho requerimiento si:*
>
> *a) Se ha utilizado un método que permita identificar al iniciador de un mensaje de datos y para indicar que el contenido cuenta con su aprobación;*
>
> *b) Que el método sea tanto confiable como apropiado para el propósito por el cual el mensaje fue generado o comunicado.*

Lo dispuesto en este artículo se aplicará tanto si el requisito establecido en cualquier norma constituye una obligación, como si las normas simplemente prevén consecuencias en el caso de que no exista una firma."

Igualmente, la Sala de Casación Civil de la misma Corporación, entre otras en la sentencia SC11339-2015, indicó que el valor probatorio de los mensajes de datos está sujeto a la confiabilidad en la forma en que se haya generado, archivado o comunicado el mensaje, la conservación de la integridad de la información, la manera en que se identifique a su iniciador y cualquier otro factor pertinente según lo previene el **artículo 11 de la Ley 527 de 1999**, a la vez que su apreciación está supeditada a las reglas de la sana crítica y demás criterios reconocidos legalmente, para la valoración de los medios de persuasión.

En el presente caso, se tiene que la parte demandada no allegó los mensajes de datos en el mismo formato en que fueron generados enviados o recibidos o algún otro formato que los reproduzca con exactitud, como lo exige el CGP en su **artículo 247**, omisión que si bien el apelante endilga a la falladora de primer grado, ello no puede ser subsanado en esta instancia, en tanto la negativa de proyectar los mensajes de datos desde su fuente se encuentra en firme, al no pormoverse recurso de apelación en la debida oportunidad procesal.

No obstante, no debe olvidarse que conforme a la norma en mención, la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos, por manera que las documentales visibles a folios 65 a 69, que corresponden precisamente a una impresión de unos correos electrónicos, si cobran fuerza probatoria para esta Sala de Decisión, en tanto que existe certeza de la autoría del documento y del destinatario del mismo.

Así, se tiene a folio 67 correo electrónico remitido por Liliana Rojas desde la dirección lrojas@ryu.com.co de fecha 28 de junio de 2018, hora 11:46, el cual es enviado a las direcciones jortiz@ryu.com.co y conort79@homtmail.com bajo el asunto *"CARTA NOTIFICACIÓN"*, en el cual se indica lo que a continuación se transcribe:

"Estimada Julieth:

Teniendo en cuenta que el día de ayer no se pudo realizar la entrega física de la carta de la referencia, debido a el (sic) impase familiar que se presentó, anexo al presente enviamos notificación.

Agradezco muy amablemente me notifique el recibo de la notificación anexa.

Cordialmente,

Liliana Roja Tobón
Jefe de Talento Humano
Teléfono: +57 (1) 6225099 Ext 102
lrojas@ruy.com.co..."

En dicho documento, se advierte, además, archivo adjunto denominado *"carta Julieth Ortiz"*, el cual aduce la demandada corresponde a la comunicación que se avizora a folio 68, de fecha 26 de junio de 2018, en la cual se le indica a la trabajadora la determinación de la empresa de no prorrogar el Contrato de trabajo celebrado el 1º de febrero de 2017.

Ahora bien, frente a la copia del correo que se menciona, se tiene declaración extra juicio rendida por la señora **Liliana Rojas Tobón** el 21 de agosto de 2018, respecto de la que no se solicitó su ratificación, en la cual indicó lo siguiente:

> *"…LA COMPAÑÍA EN VIRTUD DE LO ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 46 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO, DECIDIÓ NO PRORROGAR POR TERCERA VEZ, POR EL MISMO PERÌODO DE LEY, 181 DÍAS, EL MENCIONADO CONTRATO, POR LO CUAL SE REDACTÓ LA CARTA DE NO PRÓRROGA EL 26 DE JUNIO DE 2018, CON LA DEBIDA ANTELACIÓN DE LEY, EN DONDE SE LE NOTIFICABA LA DECISIÓN DE LA EMPRESA. AL MOMENTO DE BUSCAR A LA SEÑORA ORTIZ PARA OFICIALIZAR LA ENTREGA DE LA CARTA, NO FUE POSIBLE HACERLO DEBIDO A QUE LA EMPLEADA SALIO DE LAS OFICINAS HACIA EL MEDIO DIA SIN LA DEBIDA NOTIFICACIÓN A SU JEFE NI AL DEPARTAMENTO DE TALENTO HUMANO, COMO YA HABÍA ACAECIDO EN OCASIONES ANTERIORES. ANTE ESTA SITUACIÓN EL JEFE INMEDIATO ANDRÉS BELTRÁN LA LLAMÓ SIN OBTENER RESPUESTA Y A LAS 4:17 P.M. MEDIANTE UN CHAT LE INFORMÓ QUE TUVO QUE SALIR PORQUE HABÍA TENIDO UNA EMERGENCIA EN SU CASA. AL DÍA SIGUIENTE, 27 DE JUNIO DE 2018, ENVIO UN CHAT A SU JEFE INMEDIATO INFORMANDO QUE LA INCAPACITARON POR UN VIRUS, ENVIADO UNA FOTO DEL DOCUMENTO DE LA EPS. ANTE ESTA SITUACIÓN Y POR INSTRUCCIONES DEL DEPARTAMENTO LEGAL DE LA COMPAÑÍA Y SUS ASESORES LABORALES EXTERNOS, PROCEDÍ, EN MI CONDICIÓN Y FUNCIONES COMO JEFE DE TALENTO HUMANO, A ENVIAR AL CORREO ELECTRÓNICO DE LA EMPLEADA LA NOTIFICACIÓN DE LA NO PRÓRROGA DEL CONTRATO, ASI COMO PROCEDIMOS A ENVIARLO POR CORREO CERTIFICADO 4/72, Y CON UN MOTORIZADO DE LA EMPRESA ASAP ENVIAMOS EL ORIGINAL DE LA CARTA A LA DIRECCIÓN REGISTRADA, EL MOTORIZADO ESTUVO MAS DE MEDIA HORA TIMBRANDO Y NUNCA LE ABRIERON, POR LO QUE TUVO QUE DEVOLVERSE SIN PODER REALIZAR LA ENTREGA."*

En ese orden, no existe duda que en efecto la Jefe de Talento Humano de la encartada Liliana Rojas Tobón, remitió el correo electrónico, del que se da cuenta a folio 67 del expediente, y que el mismo fue enviado al correo de la demandante, pues como ella misma lo aceptó en su interrogatorio de parte (CD fol. 75 min. 15:36), su correo personal corresponde a conort79@homtmail.com y su correo corporativo era jortiz@ryu.com.co, de manera que no existe duda para la Corporación que dichas documentales si cuentan con relevancia probatoria, y si bien la convocante en su declaración negó haber recibido el mensaje de datos en mención, lo cierto es que a folio 66 obra reporte en el que se indica que el correo enviado a la dirección conort79@homtmail.com el 28 de junio de 2018, figura en estado entregado a las 11:47 de la misma fecha, documento que además no fue objeto de tacha de falsedad por la activa.

Así las cosas, para la Sala sí se encuentra acreditado que a la parte actora le fue remitida la carta de no prórroga del contrato de trabajo a término fijo celebrado con la demanda, con por lo menos 30 días de anterioridad a su vencimiento, de suerte que el mismo, no se prorrogó por el término inicialmente pactado, siendo claro que su fecha de finalización lo era el 28 de julio de 2018, sin embargo, como la demanda lo terminó anticipadamente sin justa causa el 26 de julio de la misma anualidad, solo estaba obligada a 3 días de indemnización en los términos del artículo 64 del CST, como en efecto la reconoció a la actora en la liquidación de prestaciones sociales (fol. 62).

Po lo expuesto, habrá de revocarse la sentencia impugnada como se solicita en la alzada y en los alegatos de conclusión, pues contrario a lo indicado por la falladora de primera instancia, el contrato de trabajo celebrado entre las partes no se prorrogó en una tercera oportunidad por 181 días, siendo improcedente la indemnización por despido sin justa causa que se impuso en primera instancia, por la totalidad de días en mención.

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 29 de abril de 2019, por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar absolver a Restrepo y Uribe Servicios S.A.S. de las pretensiones invocadas en su contra por la demandante.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO:	***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE:	***JUAN CLÍMACO HERNÁNDEZ CASTAÑEDA***
DEMANDADO:	***JOSÉ MUÑOZ MAÑEZ Y OTROS***
RADICACIÓN:	***1100131050-30-2016-00631-01***
ASUNTO:	***APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE***
TEMA:	***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

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

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juan Clímaco Hernández Castañeda instauró demanda ordinaria contra José Muñoz Mañez, Juan Carlos Muñoz Lentino, Beatriz Elena García Correa y Paola Andrea Muñoz Arcila, con el fin de que se DECLARE que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 1º de junio de 1993 y el 12 de noviembre de 2013, y que hubo sustitución patronal de José Muñoz Mañez a Juan Carlos Muñoz Lentino y Beatriz Elena García Correa, y posteriormente, a Paola Andrea Muñoz Arcila; en consecuencia, se condene al valor correspondiente por concepto de salario de noviembre de 2013, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas entre el 1º de enero y el 12 de noviembre de 2013, así como los aportes al Sistema General de Pensiones dejados de pagar durante la vigencia de la relación laboral y al reajuste del salario reportado respecto de los aportes efectivamente cancelados, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fols. 14 y s.s.).

De manera subsidiaria solicita declarar que el contrato de trabajo existió con el señor José Muñoz Mañez entre el 1º de julio de 1993 y el 31 de diciembre de 2000, y en consecuencia, se condene al demandado en mención, al pago de los aportes al Sistema General de Pensiones omitidos durante dicho período y al reajuste conforme al salario real devengado por los ciclos efectivamente pagados, indemnización por despido indirecto, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Asimismo, se declare que el contrato de trabajo existió con Juan Carlos Muñoz Letino y Beatriz Elena Arcila Correa entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de

2010, y en consecuencia, se condene a los demandados en mención, al pago de los aportes al Sistema General de Pensiones omitidos durante dicho período y al reajuste conforme al salario real devengado por los ciclos efectivamente pagados, indemnización por despido indirecto, lo ultra y extra petita y las costas del proceso.

Finalmente, se declare que el contrato de trabajo existió con Juan Carlos Muñoz Letino y Paola Andrea Arcila entre el 1º de enero de 2011 y el 12 de noviembre de 2013, y en consecuencia, se condene al valor correspondiente por concepto de salario de noviembre de 2013, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas entre el 1º de enero y el 12 de noviembre de 2013, así como los aportes al Sistema General de Pensiones dejados de pagar entre el 1º de enero de 2011 y el 12 de noviembre de 2013, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, sanción por falta de consignación de cesantías, indexación, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se vinculó con el señor José Muñoz Mañez desde el 1º de julio de 1993, en virtud de un contrato de trabajo verbal, para desempeñar el cargo de Técnico en Electrodomésticos-Electromecánico, dentro de los establecimientos de comercio El Palacio de la Licuadora, Casa de la Licuadora y Casa de la Licuadora Oster; que su horario de trabajo era de lunes a sábado de 9:00 a.m. a 1:00 p.m. y de 2:00 pm. a 6:00 p.m.; que su salario para el año 1997 ascendió a la suma de $600.000, siendo modificado en distintas anualidades, hasta que fue establecido en $1.280.000 mensuales para el año 2013, el cual era pagado por José Muñoz Mañez o Juan Carlos Muñoz Letino; que a finales del año 2000 José Muñoz Mañez le informó que su hijo Juan Carlos Muñoz Letino y Beatriz Elena Arcila Correa, se harían cargo del negocio, de suerte que entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2010, prestó sus servicios bajo la continuada subordinación y dependencia de estos últimos, aunque ocasionalmente recibió instrucciones y órdenes del señor José Muñoz Mañez; que entre el 1º de enero de 2001 y el 31 de diciembre de 2010 no fueron realizados la totalidad de los aportes a su favor al Sistema General de Seguridad Social Integral; que a partir del año 2011 estuvo bajo la continuada subordinación y dependencia de Juan Carlos Muñoz Lentino y Paola Andrea Muñoz Arcila; que el 12 de noviembre de 2013 envió por correo certificado carta de renuncia motivada; que a la terminación del contrato de trabajo no le fueron pagados los salarios, prestaciones sociales y vacaciones reclamadas en las pretensiones; que tampoco le fueron realizados los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral entre el 1º de enero de 2011 y el 12 de noviembre de 2013; que siempre realizó la misma actividad que le fue encargada.

2. Contestación de PAOLA ANDREA MUÑOZ ARCILA. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que jamás tuvo la calidad de empleadora de la parte demandante, amén que tampoco existió sustitución patronal alguna, en tanto que la calidad de *"dueño"* y empleador siempre la ostentó José Muñoz. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas e inexistencia de la relación contractual laboral. (fols. 38 y s.s.)

3. Contestación de JOSÉ MUÑOZ MAÑEZ. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el contrato de trabajo existió entre él y el demandante desde el 1º de julio de 1993 y el 12 de noviembre de 2013, además, cumplió con sus obligaciones laborales hasta el momento en que el trabajador renunció voluntariamente a su cargo, incluidas las prestaciones reclamadas respecto del año 2013, las cuales fueron pagadas de manera directa al

trabajador. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, pago y prescripción. (fols. 55 y s.s.)

4. Contestación de JUAN CARLOS MUÑOZ. Dio contestación oponiendose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que jamás ostentó la calidad de empleador del accionante, pues en realidad trabajó como administrador de los establecimientos de comercio de su padre José Muñoz, quien simpre fue patrono del demandante. Propuso como expceciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debdido, inexistencia de las obligaciones demandadas e inexistencia de la relación contractual laboral. (fols. 73 y s.s.).

5. Contestación de BEATRIZ ELENA ARCILA CORREA. Dio contestación oponiendose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentando que jamás ostentó la calidad de empleadora del accionante, amén que tampoco existió sustitución patronal alguna, en tanto que la calidad de *"dueño"* y empleador siempre la ostentó José Muñoz. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de las obligaciones demandadas e inexistencia de la relación contractual laboral. (fols. 91 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de diciembre de 2018, mediante la cual el Juzgado declaró que entre el demandante y el señor José Muñoz Mañez, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de julio de 1993 y el 12 de noviembre de 2013, el cual finalizó por decisión del trabajador; igualmente, declaró como sucesora patronal del empleador a la señora Paola Andrea Muñoz Arcila a quien condenó al pago de $46.037.333 por concepto de sanción por falta de consignación de cesantías, así como a efectuar los aportes al Sistema General de Pensiones desde el 1º de enero de 1997 hasta el 30 de abril de 1998 y desde el 1º de febrero hasta el 31 de julio de 2008, teniendo en cuenta el salario realmente devengado; adicionalmente condenó a la demandada en mención a pagar el cálculo actuarial con destino a Colpensiones, por los períodos comprendidos entre el 1º de julio de 1993 y el 31 de marzo de 1996, así como entre el 1º de mayo de 1998 y el 31 de enero de 2008, y entre el 1º de agosto de 2008 y el 12 de noviembre de 2013, con base en los salarios anuales indicados en la sentencia, junto con los intereses moratorios si así lo determina la administradora de pensiones; absolvió a la demandada Paola Andrea Muñoz Arcila de las demás pretensiones de la demanda y a los convocados restantes de todas los pedimentos de dicho escrito, declaró parcialmente probada la excepción de pago de las acreencias laborales y de prescripción sobre la sanción por falta de consignación de las cesantías a un fondo, causada con anterioridad al 12 de noviembre de 2010; finalmente condenó en costas a la demandada Paola Andrea Muñoz Arcila a favor del actor y a éste a su vez le condenó en costas a favor de los demandados Juan Carlos Muñoz Lentino, Beatriz Elena Arcila Correa y José Muñoz Mañez (CD fol. 148)

Su decisión se basó en que no hay discusión sobre la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante y el señor José Muñoz Mañez entre el 1º de julio de 1993 y el 12 de noviembre de 2013, pues así lo aceptó el demandado en mención.

Agregó que si bien el señor José Muñoz Mañez estaba inscrito como comerciante y tenía registrados a su nombre unos establecimientos de comercio, lo cierto es que ese registro fue cancelado el 11 de diciembre de 2001, y como quiera que la demandada Beatriz Arcila aceptó en su interrogatorio que uno de esos negocios presentó variación en su nombre, pues inicialmente se llamaba la Casa de la Licuadora, posteriormente,

el Palacio de la Licuadora y finalmente la Casa de la Licuadora Oster, es claro que existió una sustitución patronal con Paola Muñoz, en tanto ésta aparece como propietaria de dicho establecimiento desde el 19 de abril de 2013, fecha en la cual aún estaba vigente la relación laboral alegada.

Señaló que el actor el 12 de noviembre de 2013 presentó carta de terminación del vínculo ante la demandada Paola Muñoz, aduciendo justas causas para el efecto, sin embargo no probó las mismas dentro del proceso, además, a folio 72 obra carta allegada por la demandada, en la cual el demandante manifiesta simple y llanamente que da por terminado el contrato de trabajo, y si bien sobre dicha documental se ordenó un examen grafológico, lo cierto es que ese estudio no fue allegado al proceso, lo cual en todo caso no impide concluir que no probó las justas causas aducidas al empleador; además desde su interrogatorio de parte aceptó que renunció al cargo, lo que se constata en la liquidación de prestaciones sociales en la que se refiere *"retiro voluntario",* por tanto, no procede indemnización por despido indirecto.

Reconoció la procedencia de la sanción por falta de la consignación de cesantías, pues no se acreditó el cumplimiento de ese deber legal, ni tampoco se probó causa justificativa de tal conducta.

De otro lado, dijo que en el proceso se encuentra probado que la parte demandada consignó algunos aportes a favor del demandante con destino al Sistema General de Pensiones, sin embargo, ello lo hizo sin tener en cuenta el salario real devengado, por lo que concluyó que la parte demandada debe realizar el reajuste respectivo, y adicionalmente, efectuar el pago de los aportes que fueron evadidos durante la vigencia de la relación laboral.

Adujo que las prestaciones reclamadas entre el 1º de enero y el 12 de noviembre de 2013, fueron pagadas al trabajador como se deduce de la prueba documental allegada al proceso, además el actor aceptó en su declaración el hecho de que le fue cancelada la prima de servicios.

Mencionó que si bien en los alegatos de conclusión la parte actora solicitó el reconocimiento de las prestaciones causadas entre el 2005 y el 2012 en virtud de las facultades ultra y extra petita, en tanto los demandados aceptaron deber dichos emolumentos, lo cierto es que ello no resulta procedente, en la medida que el litigio fue claramente definido por el Despacho y nada se dijo respecto de él por los apoderados de las partes, amén que ello estaría afectado por el fenómeno de la prescripción.

Finalmente, señaló que no procede la indemnización moratoria, pues no se fulminó condena por salarios y prestaciones sociales y en cuanto a la prescripción, dijo que la demanda fue formulada dentro de los 3 años posteriores a la fecha de terminación del contrato de trabajo, sin embargo, como la discusión versa sobre emolumentos de naturaleza periódica, es claro que ha operado la prescripción sobre los causados con anterioridad al 12 de noviembre de 2010, en particular frente a la sanción por falta de consignación de cesantías, no siendo aplicable dicho fenómeno a los aportes pensionales.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que debe reconocerse la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, pues si bien no hubo condena respecto de salarios y prestaciones debidas, se encuentra probado del dicho

de Juan Carlos Muñoz y José Muñoz Mañez, que al actor se le adeudan las prestaciones sociales de los años 2005 y 2012, circunstancia que perfectamente encaja en los presupuestos de la acreencia en mención.

Agregó que no debió imponerse condena en costas en su contra a favor del señor José Muñoz, pues el Juzgado encontró probada la existencia de la relación laboral con dicho demandado; tampoco debió fuliminarse condena en costas a favor de la señora Beatriz, en la medida que aun cuando no se mencionó como sustituta patronal, lo cierto es que también fue empleadora del actor.

Finalmente señaló que, si bien el demandante aceptó su renuncia, la misma fue motivada como se observa de la documental obrante en el expediente, en la cual indica que decide finalizar el vínculo por la falta de pago de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social en pensiones. (C.D. fol. 148).

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Debe reconocerse a favor del actor la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST?, (ii) ¿La renuncia del trabajador tuvo lugar por justas causas imputables al empleador debidamente demostradas? y (iii) ¿Es improcedente la condena en costas en contra del demandante y a favor de los señores José Muñoz Mañez y Beatriz Elena Arcila Correa?

De la existencia de la relación laboral

No existe discusión en esta instancia que entre el demandante y el señor José Muñoz Mañez, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1º de julio de 1993 y el 12 de noviembre de 2013, y que respecto del empleador operó una sustitución patronal con la señora Paola Andrea Muñoz Arcila, pues así lo declaró el Juzgado de primera instancia y frente a ello no existe ningún reparo entre las partes a través del recurso de apelación.

De la indemnización moratoria

Afirma la parte recurrente que debe fulminarse condena por la indemnización de que trata el artículo 65 del CST, en la medida que, si bien el Juzgado no reconoció ningún pago de salarios y prestaciones sociales, lo cierto es que la misma resulta procedente en la medida que tanto el señor José Muñoz Mañez como Juan Carlos Muñoz Lentino, aceptaron la falta de pago a favor del actor de las prestaciones sociales causadas entre los años 2005 y 2012.

Sobre el punto ha de rememorar la Sala que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, como indemnización, una suma igual al último salario diario por

cada día de retardo, hasta por veinticuatro (24) meses, o hasta cuando el pago se verifique si el período es menor. Si transcurridos veinticuatro (24) meses contados desde la fecha de terminación del contrato, el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria o si presentara la demanda, no ha habido pronunciamiento judicial, el empleador deberá pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique. Dichos intereses los pagará sobre las sumas adeudadas al trabajador por concepto de salarios y prestaciones en dinero.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia ha explicado, que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquél frente a tal conducta omisiva (Criterio expuesto por la CSJ Sala de Casación Laboral sentencia 32.529 del 5 de marzo de 2009).

Descendiendo al caso objeto de estudio, desde ya advierte la Sala la improcedencia de la indemnización deprecada, pues como bien lo menciona la parte impugnante, el Juzgado no accedió a fulminar condena sobre salarios y prestaciones sociales, en particular respecto de los períodos comprendidos entre 2005 y 2012, a pesar de que el demandado Juan Carlos Muñoz Lentino reconoció expresamente esa omisión en el interrogatorio de parte que absolvió (CD fol. 127), en tanto el Juzgado consideró que ello no era objeto de la fijación del litigio, por tanto, es claro que conforme a la decisión de primera instancia a la fecha de terminación del vínculo laboral declarado por el *a quo* no se adeudan salarios y prestaciones sociales, lo que da al traste con la pretendida indemnización, máxime que en el recurso de apelación, la parte actora no insiste en el reconocimiento de los mencionados emolumentos en el período ya aludido.

Conforme a lo anterior, habrá de confirmarse la decisión apelada sobre este aspecto.

De la terminación del contrato de trabajo

Insiste la parte actora en su alzada en solicitar el reconocimiento de la indemnización por despido indirecto, pues afirma que se encuentra acreditado en el proceso que su renuncia fue motivada.

Pues bien, para desatar este aspecto conviene anotar que conforme al parágrafo del art. 62-63 del CST, la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación, y posteriormente no puede alegar válidamente causales o motivos distintos. Artículo que fue declarado exequible por la Corte Constitucional en la sentencia C 594 de 1997 señalando que se entiende que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar el contrato, no siendo suficiente con invocar genéricamente una de las causales, sino que es necesario precisar los hechos específicos que fundamentan tal determinación.

En el caso objeto de estudio se observa a folios 11 a 13 carta de renuncia suscrita por el demandante y dirigida a Paola Andrea Muñoz y Juan Carlos Muñoz, en la cual, además expone las razones por las cuales decidió dar por terminado el contrato de trabajo.

Analizada dicha documental advierte la Colegiatura que la misma no tiene la virtud de acreditar que en efecto el demandante finalizó el vínculo laboral de manera unilateral aduciendo justas causas imputables a la parte empleadora, toda vez que si bien ésta fue remitida por correo certificado a la dirección del establecimiento de comercio Casa de la Licuadora Oster y el Microondas, registrada en el certificado de cámara de comercio visible a folio 27, lo cierto es que no milita prueba que acredite que dicha comunicación fue recibida por sus destinatarios, ya que al contestar la demanda niegan haberla recibido y la apoderada de la parte actora no indagó sobre este aspecto durante el interrogatorio de parte que les formuló.

Así las cosas, encuentra la Sala que no existe prueba de renuncia motivada del trabajador, por lo que ha de entenderse que cuando éste afirmó en su declaración de parte que presentó renuncia irrevocable, la misma ha de interpretarse como pura y simple.

Lo anterior, evidencia que la indemnización por despido indirecto reclamada en la alzada carece de visos de prosperidad.

De las costas procesales

Conforme al artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto.

En el *examine* se tiene que respecto del demandado José Muñoz Mañez se reconoció la existencia de un contrato de trabajo con el demandante, tal y como se peticionó en la demanda, de manera que aquel resultó vencido en el proceso de manera parcial, aun cuando no se le impuso condena pecuniaria en virtud de la figura de la sustitución patronal, por tanto, tal y como lo aduce el demandante, se equivocó el Juzgado de primera instancia al imponerle condena en costas a favor del mencionado demandante, siendo lo procedente revocar la decisión sobre este aspecto.

En lo que se refiere a la condena en costas impuesta al actor a favor de la señora Beatriz Elena Arcila Correa, se tiene que aunque la parte aduce que ésta fungió como empleadora, lo cierto es que ello no fue reconocido por el Juzgado, y tampoco se constata de las pruebas aportadas dentro del proceso, pues las pruebas documentales y las declaraciones rendidas en el proceso (CD fol. 127) no dan cuenta que el convocante prestara sus servicios a favor de la demandada en mención, bajo continuada subordinación y dependencia, ni tampoco que ella fuere propietaria del establecimiento de comercio en el cual el demandante laboró.

Por tanto, es claro que sí procede la condena en costas a cargo del accionante y a favor de la señora Beatriz Arcila, pues al resultar absuelta de las pretensiones formuladas en su contra por el señor Hernández Castañeda, implica que éste resultó vencido en el proceso en relación con dicha demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral séptimo de la sentencia proferida el 10 de diciembre de 2018, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en lugar absolver al demandante de la condena en costas impuesta a favor del señor José Muñoz Mañez.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia impugnada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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