



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JULIANA MALDONADO TÉLLEZ
DEMANDADO: HACIENDA LAS BRUJAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-17-2017-00399-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Juliana Maldonado Téllez instauró demanda ordinaria contra la HACIENDA LAS BRUJAS S.A.S. en liquidación con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo entre el 12 de septiembre del 2011 al 16 de septiembre del 2016. Como consecuencia, solicita se ordene el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, aportes a seguridad social, indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, licencia de maternidad, indemnización moratoria, indexación de las sumas adeudadas, suma pagada a la superintendencia a título de multa lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. y 70 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que fue vinculada al servicio de la sociedad CASABRAVA S.A.S. hoy Sociedad HACIENDA LAS BRUJAS S.A.S. en liquidación el día 12 de septiembre del 2011 mediante contrato verbal de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Gerente designada por la Junta de Socios mediante acta la cual fue inscrita el 13 de septiembre del 2011; que el último salario devengado fue de \$7'000.000 mensuales; que cumplió de manera personal con todas sus obligaciones; que siempre estuvo subordinada; que el 7 de junio del 2016 se suscribió acta de accionistas número 008 inscrita el 11 de agosto del 2016 en la cual fue declarada disuelta y en estado de liquidación la sociedad demandada ante la Cámara de Comercio; que durante el tiempo laborado nunca fue amonestada, ni sancionada; que por acta número 008 de Asamblea de Accionista se designó a la liquidadora; que a pesar de haberse designado liquidador continuó laborando al servicio de la demandada hasta el 30 de septiembre del 2016; que cumplía un horario de

trabajo; que su relación laboral se ha disfrazado a través de diferentes contratos de prestación de servicios; que la terminación del contrato obedeció a causas imputables al empleador, lo que constituyó un hecho unilateral e injusto; que en el desempeño de sus funciones le fue impuesta una multa por parte de la Superintendencia de Sociedades mediante la Resolución 301-002298 del 28 de junio del 2016 por la suma \$20'683.620; la cual fue confirmada en la Resolución N° 300-003987 del 2 de noviembre del 2016; que se le adeudan las acreencias laborales que pretende en la presente demanda.

2. Contestación de la demandada. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que entre las partes nunca existió un contrato de trabajo. Indicó que la demandante se desempeñó como Gerente de dicha empresa teniendo facultades de representante legal, que su gestión se desarrolló en cumplimiento de un contrato de mandato a título gratuito, a la luz de los art. 2142 y 2143 del C.C., por lo que no existe ningún documento que haga constar que las partes pactaron honorarios o algún tipo de remuneración, lo cual se evidencia porque la demandante nunca presentó una cuenta de cobro ni se le pagó ninguna suma de dinero por 5 años, no siendo lógico que la demandante haya laborado por 5 años sin hacer alguna reclamación de su salario. Que la demandante sólo radicó una cuenta de cobro después de 4 años y fue precisamente después del escándalo con su tío el señor Víctor Maldonado Rodríguez y la sociedad Interbolsa, la cual fue objeto de intervención por captación ilegal y abusiva de recursos del público, junto con las empresas CUAMA S.A.S EN LIQUIDACIÓN y MALTA S.A EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL accionistas de la HACIENDA LAS BRUJAS SAS EN LIQUIDACIÓN empresas de propiedad de VÍCTOR MALDONADO y su familia y cuya medida cobija inclusive al padre de la demandante. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia vínculo laboral, inexistencia de la obligación, inexistencia de subordinación, falta de causa para pedir y cobro de lo no pedido, carencia del derecho reclamado, buena fe de la demandada, mala fe de la demandada, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 87 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de diciembre del 2018, en la que la falladora de primera instancia declaró probadas las excepciones propuestas y absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 142)

Su decisión se basó en lo que interesa al recurso de apelación en que se probó que fue designada como Gerente pero que no se probó que haya desplegado ninguna actividad laboral en favor, por cuenta o en beneficio de la demandada; afirma que se logró derruir la presunción pues no aparece que recibiera órdenes y la demandante confesó que solo recibió unos pocos correos electrónicos de la liquidadora; concluye que entre las partes existió un contrato de mandato a título gratuito, pues no se demostró que por su laboral recibiera una remuneración; aduce que los únicos pagos que aparecen no se hicieron a la demandante sino a un tercero, por tanto, absuelve de todas las pretensiones de la demanda.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que la demandada no aportó los pagos que se le realizaron; que con los testigos se probó que la demandante prestó sus servicios y que se encontraba subordinada; que le consignaron dos veces a la cuenta de su esposo no desvirtúa que el pago fuera para ella; que no presentaron el contrato de mandato. Que se cumplen los tres elementos para que se declare la existencia de un contrato de trabajo.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020. La parte demandada presentó alegatos de conclusión señalando que acertó el A quo cuando la absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones del proceso, pues con las pruebas recaudadas no se logra probar la existencia de la relación laboral pretendida.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?; en caso afirmativo, (ii) cuáles son los extremos laborales y cuál era el salario devengado? y (iii) ¿Se debe declarar probada la excepción de prescripción?

Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la CSJ entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015 ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del **servicio, la subordinación y el salario.**

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019 dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

En el presente caso, como acertadamente lo dijo la parte demandante en su apelación, se logró probar la prestación personal del servicio de la señora Juliana Maldonado Téllez para la empresa demandada HACIENDA LAS BRUJAS S.A.S. EN LIQUIDACIÓN, con el certificado de existencia y representación legal de la empresa demandada, visible a folio 16, en el cual aparece que por Acta de Junta de Socios del 12 de septiembre del

2011 inscrita el 13 de septiembre del 2011, bajo el número 01513431 del libro IX, fue nombrada como Gerente.

Así mismo, se encuentra la declaración del señor Luís Eduardo García Olivares (contador de la empresa) el cual es valorado por la Sala a pesar de haber objeto de tacha de sospecha por la parte demandada, pues dado el cargo que desempeñaba dentro de la empresa, tiene un conocimiento directo de los hechos y además su dicho coincide con lo declarado por los señores Gustavo Cataño Ayala (asesor en temas agrícolas para la demandada) y Janeth Muñoz, trabajadores de la empresa, quienes de manera unánime señalaron que la demandante era quien ostentaba el cargo de Gerente de la Empresa; siendo quien autorizaba los pagos, daba las autorizaciones, visitaba la finca en la que se desarrollaba la producción y rendía informes, etc.

Adicionalmente, es la misma liquidadora de la sociedad demandada quien manifestó al absolver su interrogatorio de parte que conoció a la demandante porque era la Gerente de la empresa y fue con ella que debía hacer el empalme.

Conforme a lo anterior, se encuentra probada la prestación personal del servicio de la señora Maldonado Téllez para la HACIENDA LAS BRUJAS S.A.S., por ende, nace la presunción establecida en el art. 24 del CST de existencia de un contrato de trabajo, trasladándose a la accionada la carga probatoria de desvirtuar dicha subordinación, para lo cual debe demostrar que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente. (Sentencia CSJ SL 1545-2019)

Subordinación

Teniendo en cuenta que tanto la demandada como el fallador de primera instancia, manifiestan que la labor ejecutada por la demandante no fue producto de un contrato de trabajo sino de mandato, el cual es de naturaleza civil y no laboral, debemos revisar si la relación que unió a las partes fue subordinada o no, pues como ya se dijo, es la característica que diferencia un contrato del otro.

Al estudiar la totalidad de las pruebas allegadas lo que logra evidenciar la Sala es que la empresa demandada HACIENDA LAS BRUJAS SAS antes de ser intervenida y entrar en liquidación tenía como socias a dos empresas MALTA y KUAMA, las cuales eran dirigidas por los hermanos Maldonado, constituidos por los tíos y papá de la aquí demandante, conforme lo refiere la misma demandante, la actual liquidadora de la demandada y los testigos Luís Eduardo García Oliveros (contador de la empresa demandada) y Gustavo Adolfo Cataño (asesor agrícola de las familias dueñas de la empresa demandada); quienes decidieron en octubre del 2011 dar continuidad a sus hijos, nombrando para ello como representante legal de HACIENDA LAS BRUJAS SAS a la aquí demandante.

Es necesario señalar que, ninguno de los testigos tiene conocimiento del acuerdo al que llegaron la junta directiva de HACIENDA LAS BRUJAS SAS (conformada por los tíos y el papá de la aquí demandante) y la señora Juliana Maldonado Téllez, como tampoco lo tiene la actual liquidadora de la empresa demandada.

En cuanto al tema de la subordinación, los testigos no sirven para desvirtuarla, pues no tienen conocimiento de este hecho, como quiera que el señor Luís Eduardo García Oliveros (contador de la empresa) nada refiere al respecto; el testigo Gustavo Adolfo Cataño (asesor agrícola) cuándo se le pregunta si tiene conocimiento si la labor

desempeñada por la demandante en cumplimiento de su gestión como gerente era totalmente autónoma e independiente, contestó: "yo creo que Juliana recibía instrucciones de la Junta y de los socios y con base en eso trabajaba, me imagino"; por lo que es claro que no tenía conocimiento en cuanto a éste tema, su respuesta es está basada simplemente en una suposición.

Por su parte, la testigo Janeth Muñoz Ríos quien era trabajadora de la empresa demandada en la finca en Cacedonia, cuando se le pregunta si la demandante ejercía sus funciones de manera independiente manifiesta que no, porque cuando ella le enviaba correos a la demandante, la señora Juliana no los contestaba inmediatamente; afirmación que no conduce a probar si la actora se encontraba o no bajo subordinación, pues la testigo sólo hace suposiciones y no tiene ningún conocimiento directo, ya que en su declaración refiere que el contacto con la señora Juliana era en su gran mayoría a través de correos electrónicos y que cuando la demandante asistía a la finca en donde laboraba la testigo era otro trabajador quien la atendía.

Tampoco da cuenta de esa situación el testigo Jorge Eliecer Valencia Giraldo quien era trabajador de la empresa demandada en la Finca Cacedonia y quien refiere que todo el contacto que él tenía con la empresa demandada era a través de la señora Janeth Muñoz García y lo que ella le comentaba, luego es un testigo de oídas y no un conocedor directo de los hechos, por lo que nada aporta al presente proceso.

Si bien con lo anterior, no se logra desvirtuar la presunción que nació al encontrarse demostrada la prestación personal del servicio a la demandada, lo cierto es que, en este caso en particular la demandada no tenía cómo desvirtuar dicha subordinación, como quiera que actualmente está representada por la liquidadora quien no tiene ningún conocimiento de cómo era la relación de la demandante con dicha empresa.

No obstante lo anterior, en el interrogatorio de parte rendido por la señora Juliana Maldonado Téllez, cuando se le pregunta ¿Diga cómo es cierto sí o no que usted jamás recibió instrucciones en cuanto a la forma, modo y cantidad de trabajo por parte de la demanda?, refiere lo siguiente *"ordenes recibí un par de correos por parte de Viviana, la representante legal de Hacienda las Brujas S.A.S."*, manifestación de la que se infiere que con anterioridad a la posesión de la señora Viviana como liquidadora de la empresa demandada, la demandante no recibía órdenes para ejercer sus funciones.

Adicionalmente el hecho de haberle solicitado la liquidadora informes del estado en que entregaba la empresa demandada, no significa que estuviera subordinada; siendo para la Sala suficiente lo dicho por la demandante para tener por desvirtuada la subordinación y por ende la presunción de existencia de un contrato de trabajo.

Así las cosas, le asiste razón al fallador de primera instancia cuando refiere que la relación que unió a la demandante con la empresa HACIENDA LAS BRUJAS SAS lo fue a través de un contrato de mandato el cual es civil y no laboral, máxime porque uno de los requisitos para establecer que nos encontramos frente a un contrato laboral además de la prestación personal del servicio y la subordinación, es que el servicio prestado sea retribuido, es decir, que se reciba una contraprestación por el servicio, independientemente del nombre que se le dé; sin embargo, la demandante refiere que laboró desde el año 2011 para la demandada y tan sólo hasta el año 2015 solicitó el pago por sus servicios, es decir, que durante 4 años no recibió ningún salario, ni dinero como contraprestación de su servicios.

Por tanto, lo que puede concluir la Sala es que la demandante fue designada para ejercer el cargo de representante legal de la empresa de la familia mediante un contrato

de mandato a título gratuito, pues no se explica porque de otra manera solamente solicita pago de honorarios una vez la empresa demandada es intervenida.

En consecuencia, al no encontrarse probados los elementos esenciales del contrato de trabajo, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

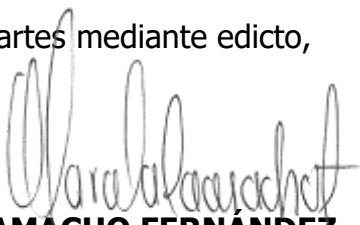
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 7 de diciembre del 2018, por el Juzgado 17 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 \$800.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

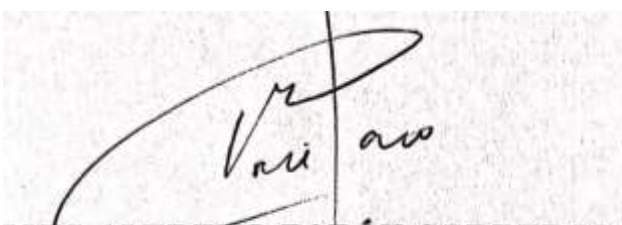
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: JAVIER LÓPEZ BELTRÁN
DEMANDADO: COLPENSIONES –AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-28-2019-00416-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Javier López Beltrán instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. solicitando se declare la nulidad de su afiliación al RAIS al no habersele brindado la información necesaria, y como consecuencia se condene a la AFP COLFONDOS devolver a COLPENSIONES todo el dinero recaudado por concepto de cotizaciones y aportes, sin descuentos de ninguna especie; se devuelvan las sumas debidamente indexadas con todos sus frutos e intereses y se le condene en costas a la AFP COLFONDOS. (fol. 3 ss.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cotizó para el riesgo de IVM al ISS desde el mes de octubre de 1984 como dependiente; que firmó formulario para afiliarse al RAIS en enero de 1994 sin recibir ningún tipo de asesoría; que actualmente cuenta con 60 años de edad, como quiera que nació el 17 de marzo de 1959.

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

3. Contestación de Colpensiones. Contestó con oposición señalando que el origen de la presente demanda no es el inconformismo frente a la falta de información, sino al valor de la mesada pensional que recibirá en el RAIS la cual es diferente a la del RPMPD. Propuso como excepciones de mérito las de protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del orden público, buena fe y la genérica. (fol. 66 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS. Contestó la demanda señalando que se opone a que se declare que no brindó la información necesaria al demandante, lo cual si hizo. Indica que le otorgó al demandante una información integra y transparente. 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, ratificación de la afiliación del actor a la AFP COLFONDOS, prescripción, compensación, pago y la genérica. (fol. 101 y s.s.)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la primera instancia con sentencia del 29 de octubre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el actor y en consecuencia lo declaró válidamente afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones. Condenó a la AFP COLFONDOS a trasladar todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante. Condenó a Colpensiones a activar su afiliación en el RPMPD y actualizar su historia laboral.

La decisión del Juez se basó en que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado por lo que debe declararse la ineficacia del mismo. Señalando que acoge la postura de la CSJ.

6. Impugnación y límites del ad quem. Colpensiones impugnó la decisión solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, señalando que teniendo en cuenta que el fallo se estudio bajo la figura de la ineficacia debe tenerse en cuenta que la parte actora con el paso del tiempo nunca realizó actos tendientes a demostrar su inconformidad de pertenecer al RAIS. Indicó que a la fecha el actor ya tiene una edad considerable de años y que no se evidencia que se le haya ocasionado con la falta de información ningún daño o perjuicio. Solicita se le autorice a reclamar el pago de perjuicios y se remita copia al Ministerio de Protección Social para que le imponga a la AFP COLFONDOS la sanción correspondiente.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020. Colpensiones presentó alegatos de conclusión señalando que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante el señor JAVIER LOPEZ BELTRAN y la AFP COLFONDOS S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que el actor fuera beneficiario del régimen de transición, o tuviera un derecho adquirido o una expectativa legítima o se demostrara que se le ocasiono algún daño o perjuicio?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Javier López Beltrán cotizó al ISS desde el 31 de octubre de 1984 al 30 de septiembre de 1994, conforme se registra en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 81) y que se trasladó a la AFP COLFONDOS desde el día 30 de septiembre de 1994, conforme aparece en la impresión de la página del SIAFP. (fl. 117 y s.s.)

Carga probatoria y deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

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

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

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

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

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

Necesidad de ser beneficiario del régimen de transición, derecho adquirido o expectativa legítima o de probarse algún daño o perjuicio como presupuesto para declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional

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

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

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

Finalmente, se le debe indicar al apoderado de Colpensiones que si considera que es procedente demandar el pago de perjuicios no es necesario solicitar autorización a esta Corporación, como quiera que es un proceso independiente al actual debate en el que no se solicitó ninguna indemnización de perjuicios. Adicionalmente, tampoco es procedente remitir el presente proceso o copia del mismo al Ministerio de la Protección Social como quiera que el trámite administrativo que se pueda surtir ante dicha entidad contra la AFP COLFONDOS es totalmente independiente a lo que aquí se debate.

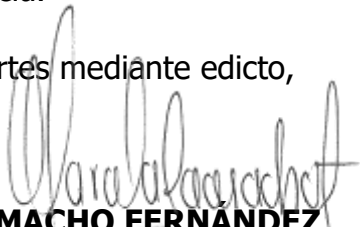
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de octubre del 2020 por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

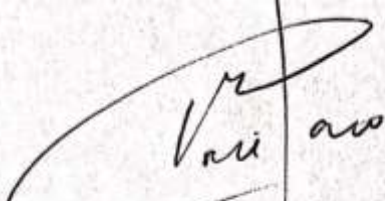
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUISA MERCEDES RAMOS FORERO
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A. Y AFP OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-24-2019-00524-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP OLD MUTUAL S.A.
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luisa Mercedes Ramos Forero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP COLFONDOS y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que efectuó al RAIS (AFP COLFONDOS) en febrero de 1999 y como consecuencia, se declare válidamente afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones; se condene a la AFP OLD MUTUAL a trasladar a COLPENSIONES los aportes realizados por la demandante al RAIS; 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 nació el 24 de septiembre de 1960, por lo que actualmente cuenta con 68 años de edad; que se afilió el 9 de septiembre de 1982 al ISS hoy Colpensiones a través del empleador "MAGICTOURS LTDA"; que en el mes de febrero de 1999 se afilió al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A.; que firmó el formulario de afiliación pues se le hizo una proyección en donde se le indicaba que su mesada pensional sería superior en el RAIS; que en enero del 2008 se afilió a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL; que a la fecha cuenta con un total de 1779 semanas cotizadas; que se le realizó una proyección de su mesada pensional encontrando que en el RAIS su mesada sería inferior a la que le correspondería en el RPMPD; que solicitó ante las demandadas la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 179), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la AFP OLD MUTUAL. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que no se puede declarar que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RPMPD cuando su afiliación al RAIS se realizó siguiendo todos los lineamientos del ordenamiento jurídico proporcionándole a la demandante toda la información necesaria para que tomara la decisión consciente de afiliarse. Propuso como excepciones de mérito las de OLD MUTUAL no participó ni intervino en el momento de selección del régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y el tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y la genérica. (fol. 108 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Presentó memorial manifestando que *"se ALLANA a las pretensiones de la demanda, en atención al artículo 98 del Código General del proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y de la S.S."* (fol. 155)

5. Contestación de COLPENSIONES. Se opone a la prosperidad de las pretensiones señalando que no se debe desconocer que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS pues no se demostró la ocurrencia de ningún vicio del consentimiento que hubiera afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse de régimen pensional. Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva, validez de la afiliación al RAIS, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el art. 48 de la CP), inexistencia de la obligación de afiliación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos y la genérica. (fol. 157 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de noviembre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP COLFONDOS; declaró que para todos los efectos legales la demandante nunca se trasladó del RPMPD; ordenó a la AFP SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que hubieren causado, sin ninguna deducción por concepto de gastos de administración los cuales debe cubrir de su propio patrimonio; ordenó a la AFP COLFONDOS a trasladar a COLPENSIONES las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez por concepto de gastos de administración en que hubiera incurrido durante el tiempo que permaneció allí la demandante y ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación de la demandante y a recibir los dineros provenientes de las AFP PRIVADAS; declaró no probada la excepción de prescripción; no condenó en costas.

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 haber brindado la información necesaria a la demandante.

7. Impugnación y límites del ad quem.

7.1. Recurso de apelación AFP OLD MUTUAL S.A. Impugnó la decisión señalando que los gastos de administración tienen una fuente legal. Que en el RAIS el 10% del

IBC se destina a las cuentas de ahorro individual; el 0.5% al fondo de garantía de pensión mínima; el 3% a los gastos de administración y primas de seguro. Que la Superintendencia Financiera ha emitido conceptos en los cuales ha indicado que en los casos de ineficacia de traslado lo que procede es la devolución del saldo de la cuenta de ahorro individual. Que no existe ningún sustento para ordenar la devolución de los gastos de administración y comisiones. Que las sentencias de la CSJ no pueden ser aplicadas pues no tienen los mismos fundamentos facticos no estamos frente a una persona beneficiaria del régimen de transición. Que los gastos de administración no fueron solicitados en la demanda.

7.2. Apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que no tuvo ninguna injerencia en el traslado de régimen de la demandante al RAIS. Solicita se estudie lo decidido en la sentencia proferida en primera instancia. Que debe ser el fondo privado quien reconozca la pensión de vejez de la demandante en las mismas condiciones que no le correspondería en el RPMPD. Que Colpensiones es un tercero que no puede ser ni favorecido, ni perjudicado con la decisión.

8. Alegatos Decreto 806 del 2020. Colpensiones presentó alegatos solicitando se revoque en totalidad de la decisión de primera instancia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá el día 11 de noviembre del año 2020 teniendo en cuenta que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la aquí demandante al Régimen de Ahorro _individual - RAIS realizado en el mes de febrero del año 1999 a la AFP COLFONDOS S.A y posteriormente en enero de 2008 entre fondos a la AFP SKANDYA hoy OLD MUTUAL S.A, toda vez que en virtud de las pruebas arimadas al proceso se evidencia que el demandante desde el inicio se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria teniendo como cierto el formulario de afiliación en el cual señala todas las ventajas y desventajas de este régimen y las cuales fueron aceptadas por la actora, ya que no se evidencia el derecho de retracto por inconformidad alguna y sí guardo silencio por más de 20 años en pro de aceptación de la información brindada por parte del asesor del fondo privado, tiempo en el cual ha estado afiliada al RAIS ininterrumpidamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen? (ii) ¿Se debe probar la existencia de un vicio del consentimiento para que proceda la declaratoria de ineficacia del traslado?; (iii) ¿Para poder declarar la ineficacia del traslado es necesario que la accionante fuera beneficiaria del régimen de transición, o tuvieran un derecho adquirido o una expectativa legítima?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a

Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir el actor el formulario de afiliación, lo cierto es, que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, 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 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Luisa Mercedes Ramos Forero cotizó al ISS desde 9 de agosto de 1982 al 28 de febrero de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 173) y que se trasladó a la AFP COLFONDOS desde el día 4 de junio de 1998, conforme lo certifica dicha entidad (fl. 32) y que posteriormente, se trasladó a la AFP SKANDIA hoy AFP OLD MUTUAL el 15 de noviembre del 2007, tal y como se desprende formulario de afiliación. (fl. 123)

Carga probatoria y deber de información

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

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

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró el fallador de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **Luisa Mercedes Ramos Forero**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que

podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Ni tampoco lo confesó la demandante al absolver su interrogatorio de parte.

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

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

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

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

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

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

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

Ahora, es necesario precisar que las sentencias citadas si son aplicables al presente caso como quiera que en ellas nuestra CSJ de manera clara y expresa señalaron que en estos casos se debe hacer la devolución de los gastos de administración, sin establecer ninguna condición como lo pretende el apelante al señalar que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición. Tampoco es necesario que la demandante solicitara en su escrito de demanda de manera expresa como pretensión la devolución de los gastos de administración, como quiera que esto es una consecuencia de la ineficacia solicitada.

Siendo necesario precisar también que, los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, y que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

Reconocimiento pensión de vejez

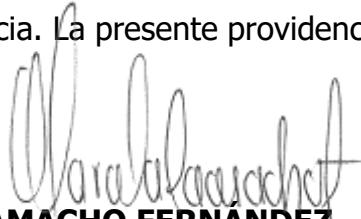
Frente a la solicitud de Colpensiones en la que indica en su apelación que se debe condenar a la AFP PRIVADA a que reconozca y pague la pensión de vejez de la demandante en los mismos términos que le correspondería en el RPMPD, no se hará ningún pronunciamiento al respecto, como quiera que en este proceso no se debatió si la demandante tenía o no derecho a una pensión de vejez, ni quien debe reconocerla, por lo que nos encontramos frente a un hecho nuevo que no fue debatido en el proceso, el cual no puede ser discutido, pues violaría el derecho de defensa de la AFP PRIVADA.

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

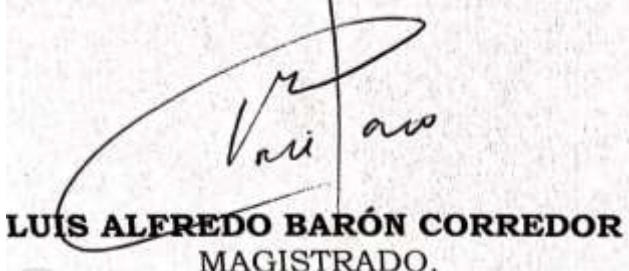
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 11 de noviembre del 2020, por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANGELMIRO GÓMEZ MARTÍNEZ
DEMANDADO: ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA
RADICACIÓN: 30-2018-00089-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO + CALCULO ACTUARIAL

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Angelmiro Gómez Martínez instauró demanda ordinaria contra Estrella International Energy Services Sucursal Colombia, con el fin de que se declare la existencia de dos contratos de trabajo (i) entre el 18 de junio de 1987 al 10 de noviembre de 1988 y (ii) del 29 de agosto de 1989 al 31 de agosto de 1989. Como consecuencia, se condene a la demandada a reconocer y pagar los aportes a seguridad social en pensiones mediante el correspondiente calculo actuarial; que el fondo de pensiones efectúe el correspondiente cálculo actuarial y que se condene a la demandada a realizar el correspondiente pago del cálculo junto con las costas del presente proceso. (fol. 21 y s.s. y 37 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: la empresa demandada le certificó que laboró desde el 1° de enero de 1984 al 11 de noviembre del 2009 mediante diferentes contratos de trabajo; que su empleador no pagó los aportes a pensión en el período solicitado en las pretensiones de la demanda; que se solicitó mediante derecho de petición el pago de los aportes a pensión sin obtener una respuesta favorable.

2. Contestación de Estrella International Energy Services Sucursal Colombia. Contestó la demanda señalando que emitió certificación de los tiempos laborados por el actor conforme a los archivos que reposan en la entidad, sin embargo, señala que algunos contratos fueron celebrados con Ingesser de Colombia SA; empresa con la cual se fusionó Estrella International Energy Services mediante escritura pública 2164 del 28 de agosto de 1998. Indica que no ha existido mora en el pago de aportes a pensión

por ninguna de las dos empresas en las que laboró el actor. Que el art. 72 de la Ley 90 de 1946 no estipuló una obligación de aprovisionamiento respecto del tiempo de servicios laborados por los trabajadores no cubiertos por el régimen de los seguros sociales obligatorio a través del llamamiento a inscripción. Que para el caso de los trabajadores del sector petróleo sólo fueron llamados a inscripción en octubre de 1993. Afirma que pese a no estar obligada a realizar los aportes antes de octubre de 1993 la empresa Ingeser de Colombia SA los realizó. Propuso como excepciones de mérito las de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, inexistencia de un marco legal antes del 1º de octubre de 1993 que previera una sanción y/o condena a cargo del empleador por incumplimiento de una supuesta obligación de aprovisionamiento respecto de trabajadores del sector petrolero; que antes de la Ley 100 de 1993 no existía la condena denominada cálculo actuarial y el demandante tiene la responsabilidad de la financiación de los aportes a pensión, conforme a las normas que posteriormente diseñó el legislador, buena fe, prescripción. (fol. 69 y s.s.)

3. Integración litisconsorcio necesario. Mediante auto del 31 de julio del 2018, el fallador de primera instancia ordenó integrar a Colpensiones como litisconsorte necesario. (fol. 280)

Colpensiones contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no le asiste derecho al demandante a que Colpensiones le contabilice en su historia laboral los aportes a pensión que pretende en la demanda, toda vez que no obran medios de prueba para establecer la relación laboral, lo cual deberá probarse dentro del proceso. propuso como excepciones de mérito las de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 30 de septiembre del 2019 en la que el fallador de primera instancia condenó a la demandada a reconocer, pagar y transferir a Colpensiones los aportes a seguridad social junto con los intereses de mora causados a la fecha del pago efectivo y que corresponden a los períodos laborados entre el 18 de junio de 1987 al 10 de noviembre de 1988 teniendo en cuenta como salario mensual la suma de \$156.352 y del 29 de agosto de 1989 al 31 de agosto de 1989 con un salario mensual de \$5.291,33. (CD fol. 349)

Su decisión se basó en que no fue objeto de discusión la existencia del contrato de trabajo por los periodos comprendidos entre el 18 de junio del año 1987 hasta el 10 de noviembre del año 1988 y del 29 al 31 de agosto de 1989. Indicó que la obligación de los empleadores de afiliar al seguro social obligatorio a todos los trabajadores contra los riesgos de invalidez, vejez y muerte, surgió con el decreto 3041 del año 1966 que aprobó el acuerdo 224 de 1966, mediante el cual se expidió el Reglamento General de seguro social obligatorio de invalidez, vejez y muerte y de acuerdo con el artículo 2º de la Ley 90 de 1946. Señaló que los aportes deberán hacerse sobre el salario devengado. Que para el caso del sector petrolero, solo nació la obligación de hacer los aportes al sistema de seguridad social a partir del 1º de octubre del año 1993. Que con anterioridad ha dicho periodo, ya se encontraba cotizando el demandante por la misma entidad en este caso por Ingeser de Colombia sociedad anónima, desde el 9 de septiembre de 1983, por lo que, si era su obligación el reconocimiento, en su momento de efectuar los aportes y en este caso no aparece acreditado que lo haya hecho. Señaló que es la misma parte demandada, quién acepta que Ingeser de Colombia sociedad anónima, se fusionó con la hoy demandada situación que se acreditó también con el certificado de la cámara de comercio, que aparece a folio 5.

Que la demandada Estrella Internacional Energy Services Sucursal Colombia, es la llamada a responder por los pagos de los aportes que se están reclamando en esta demanda. Por lo anterior se condenará a Estrella Internacional Energy Services sucursal Colombia a efectuar el pago de los aportes por los periodos comprendidos entre el 18 de junio de 1987 al 10 de noviembre de 1988 y 29 de agosto al 31 de agosto de 1989.

En lo que tiene que ver con el porcentaje que debe pagar el trabajador, que fue un argumento expuesto por la parte demandada señala que el decreto 3041 de 1966 que aprobó el acuerdo 224 del año 1996, en su artículo 38 estableció el patrón está obligado a entregar al instituto a través de las cajas seccional u oficina local que corresponda a su jurisdicción en el plazo y la forma que determine el reglamento de aportes y recaudos la totalidad de las cotizaciones que sean de su cargo y las que deban ser satisfechas por el asegurado. El patrón al efectuar el pago de los salarios de cada seguro retendrá las cotizaciones que este debe aportar para el seguro de Invalidez Vejez y Muerte correspondiente al periodo de trabajo cubierto por el salario, si el patrono no descontare el monto de las cotizaciones del asegurado, en la oportunidad señalada en este artículo no podrá efectuarlo después y las cotizaciones no descontadas al asegurado, serán también de cargo del patrono. Así regulo las normas en su momento, como el empleador está obligado a retener el porcentaje del trabajador debe asumir entonces la totalidad del pago de los aportes.

Que el derecho a la pensión está sometido a una condición suspensiva y que las acciones tendientes a la conformación del capital necesario para su pago no quedan sujetos a prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **la demandada** interpuso recurso de apelación insistiendo en que contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia la obligación de pagar aportes a pensión al ISS sólo nació a partir de octubre de 1993, fecha en la cual se hizo el llamamiento a inscripción. Que no es viable condenar al pago de aportes cuando la Ley 90 de 1942 no estipuló la obligación de hacer un aprovisionamiento. Señala que el fallador de primera instancia pasó por alto que el precedente de la CSJ no se puede aplicar al presente caso, pues el actor no es beneficiario del régimen de transición. Que en el presente caso así se contabilicen las semanas establecidas en el fallo de primera instancia no le alcanzan las semanas al actor para acceder a una pensión de vejez, sino que tiene que optar por una indemnización sustitutiva. Que se debe tener en cuenta que no nos encontramos frente a un empleador omiso que incumplió sus deberes, sino que para ese momento no había la obligación de realizar dichos aportes, por lo que por mucho se debería condenar al pago de las cotizaciones indexadas. En cuanto al porcentaje que debe asumir el empleador considera que no debe ser del 100%, pues la sentencia de la Corte Constitucional T 492 del 2013 indicó que el porcentaje que debía asumir el empleador es del 75% teniendo como base el salario mínimo para la época, debiendo pagar el 25% restante el trabajador, lo cual es una fórmula que respeta los criterios de razonabilidad y proporcionalidad propios del principio de solidaridad.

6. Alegatos Decreto 806 del 2020.

6.1. Alegatos demandada. La demandada presentó alegatos señalando que no existió mora en el pago de aportes por parte de dicha empresa ni de la sociedad Ingesser De Colombia S.A., conforme la normatividad vigente hasta 1993, precisando que es diferente los efectos del incumplimiento con los de la falta de afiliación al sistema de pensiones, por tener dichos fenómenos causas y consecuencias jurídicas diferentes; no

obstante el juez de primera instancia condenó al pago aportes más intereses de mora por las cotizaciones causadas entre el 18 de junio de 1987 al 18 de noviembre de 1988 y del 29 de agosto de 1989 a 31 de agosto de 1989, bajo el entendido que la demandada estaba obligada a retener el porcentaje del aporte en cabeza del trabajador, lo cual es improcedente conforme la normatividad vigente y atendiendo que el llamado a inscripción por parte del seguro social para las empresas del sector petrolero solo ocurrió en el mes de octubre de 1993, por lo cual la decisión de pagar el 100% de los aportes, junto con intereses de mora debe ser revocada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por **Estrella International Energy Services Sucursal Colombia** 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 los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa Estrella International Energy Services Sucursal Colombia a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo laborado por el actor, a pesar de que para las petroleras no existía el llamado a inscripción en el ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) ¿Se debe condenar al empleador a pagar únicamente un porcentaje de la cotización a seguridad social y se debe limitar el salario a los topes máximos asegurables?; (iii) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?

Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que entre el señor Agelmiro Gómez Martínez y la empresa Estrella International Energy Services Sucursal Colombia existieron varios contratos de trabajo y que algunos de ellos se celebraron entre (i) el 18 de junio de 1987 al 10 de noviembre de 1988 y (ii) del 29 al 31 de agosto de 1989, tal y como es aceptado por la demandada al contestar la demanda y se corrobora con la certificación expedida por el empleador visible a folio 118.

Tampoco se discute que el empleador no afilió al demandante a seguridad social para los contratos señalados anteriormente, toda vez que para el momento en que el señor Gómez Martínez laboró para la empresa Estrella International Energy Services Sucursal Colombia no existía el llamado obligatorio para las empresas petroleras.

Cálculo actuarial

Para resolver este problema jurídico, debemos remitirnos al art. 1º del Acuerdo 224 de 1966 *"Por el cual se expide el reglamento general del seguro social"* aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en el cual se dispuso lo siguiente:

"ARTICULO 1o. Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez;
a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patrones de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;

- b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;*
- c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;*
- d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores.” (subrayado y negrilla fuera de texto)*

La anterior obligación si bien nació con el Acuerdo 224 de 1966, lo cierto es que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

En cuanto a las empresas petroleras que tenían a cargo sus propias pensiones, es fundamental tener en cuenta que a partir del Decreto 1993 de 1967, aprobatorio del Acuerdo 257 del mismo año emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y posteriormente con el Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967, aprobado mediante Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al Seguro Social Obligatorio de Enfermedad General y Maternidad (EGM), incluido el servicio médico familiar, Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (ATEP) e Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), sin embargo, la fecha del llamamiento a inscripción se haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que viabilizaran la aplicación de la cobertura.

Por lo anterior, se fijó como fecha para tal inscripción el 1° de septiembre de 1982 empero, dicha data se aplazó mediante Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de 1982 y luego al 1° de enero de 1983, de conformidad con la Resolución 4659 de 1982. Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto, no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores.

Posteriormente, una vez reestructurado el Instituto a través del Decreto 2148 de 1992 y en uso de las facultades conferidas en dicho Decreto, el presidente de la entidad emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, fijando el 1° de octubre de 1993, como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 1° de octubre de 1993, en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador. No obstante, el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior es respaldado por nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia bajo el radicado N° 41745 del 16 de julio de 2014, la cual fue reiterada en proveído bajo el radicado 47532 del 15 de marzo de 2017, en las que se indicó:

"Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS."

"Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley."

"Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social»."

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

Por tanto, es claro que así la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fuera obligatoria desde el 1° de octubre de 1993, lo cierto es que tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comentario.

En consecuencia, acertó el fallador de primera instancia cuando ordenó el pago del correspondiente cálculo actuarial por el período en que la demandada no afilió a su trabajadora, pues la CSJ en ningún momento condicionó el pago del cálculo actuarial únicamente para los trabajadores que fueran beneficiarios del régimen de transición o que contaran con las semanas requeridas para acceder a una pensión de vejez.

Salario base para la liquidación del cálculo actuarial

Para el fallador de primera instancia el cálculo actuarial debe liquidarse teniendo como salario el realmente devengado para cada año con lo cual no está de acuerdo el

apoderado de la parte demandada, quien manifiesta que, debe hacerse con el salario mínimo.

Es necesario precisar que la demandada no discute que el salario realmente devengado por el actor (i) entre el 18 de junio de 1987 y el 10 de noviembre de 1988 fue de \$156.352 y (ii) que del 29 al 31 de agosto de 1989 fue de \$5.291,33, el cual fue el establecido por el fallador de primera instancia, por tanto, es claro que acertó el A quo cuando señaló que sobre valor es que se debe realizar el correspondiente cálculo actuarial y no sobre el salario mínimo como lo pretende la empresa demandada basándose en la sentencia T 492 del 2013 la cual tiene efecto interpartes y no acoge esta Sala, pues atiende en su integridad el precedente jurisprudencial de la CSJ precitado.

Porcentaje que debe asumir el empleador

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía pagar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera".

Obligación de Colpensiones de efectuar el cálculo actuarial

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

Finalmente, debe precisarse que tal y como lo explicó el fallador de primera instancia en las consideraciones de su fallo, ante la omisión en la afiliación del trabajador al sistema general de pensiones para los contratos reclamados por el actor, lo que procede es el pago de un cálculo actuarial y no el pago de aportes junto con intereses moratorios, como quedó plasmado en el numeral primero de la sentencia proferida en primera instancia, por tanto, para evitar confusiones en caso de ser necesario ejecutar la sentencia proferida en primera instancia, se modificará el numeral primero para dejar claro que se condena a la empresa demandada al pago de un cálculo actuarial.

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 30 de septiembre del 2019, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la empresa Estrella International Energy Services Sucursal Colombia a pagar a COLPENSIONES en favor del señor Angelmiro Gómez Martínez el correspondiente cálculo actuarial por la omisión en la afiliación de su trabajador.

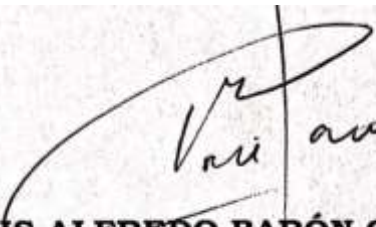
SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la empresa Estrella International Energy Services Sucursal Colombia. 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 ante la declaratoria de Estado de Emergencia Sanitaria, conforme a la Resolución 380 y 385 de 2020 del Ministerio de Salud y Protección Social, y Decreto 417 de 2020-



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE MARIO FERNANDEZ PAEZ
DEMANDADO: EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. Y OTRO
RADICACIÓN: 14-2018-00035-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO + CALCULO ACTUARIAL

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Mario Fernández Páez instauró demanda ordinaria contra Exxonmobil de Colombia S.A., con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo con la empresa INTERNATIONAL PETROLEUM COLOMBIA LIMITED la cual fue absorbida por ESSO DE COLOMBIA LIMITED y posteriormente por EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. entre el 15 de octubre de 1979 al 28 de febrero de 1985 y que durante el tiempo laborado no fue afiliado al sistema de seguridad social en pensiones. Como consecuencia, solicita se condene a EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A. a reconocer a su favor el cálculo actuarial por el período laborado en el cual no fue afiliado al sistema de seguridad social, el cual deberá trasladar a Colpensiones y condenar a Colpensiones a recibir el cálculo actuarial y a tenerlo en cuenta para el reconocimiento de su pensión de vejez, junto con las costas procesales. (fol. 35 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: se vinculó el 15 de octubre de 1979 por medio de contrato de trabajo a la empresa INTERNATIONAL PETROLEUM COLOMBIA LIMITED la cual fue absorbida por ESSO DE COLOMBIA LIMITED y posteriormente por EXXONMOBIL DE COLOMBIA S.A.; que durante el tiempo en que laboró para dicha empresa su empleador no cotizó al sistema de seguridad social a fin de asegurarle los riesgos de vejez, invalidez y muerte; que su empleador era una empresa que tenía a su cargo sus propias pensiones conforme a la Ley 90 de 1946, por lo que debía hacer una reserva presupuestal para el pago de las prestaciones económicas que surgieran a su cargo; que empezó a cotizar al RPMPD el 1° de febrero de 1985; que solicitó a la demandada el pago del correspondiente cálculo actuarial, sin obtener una respuesta favorable.

2. Contestación de Exxonmobil de Colombia S.A.. Contestó la demanda aceptando la existencia de la relación laboral y los extremos de la misma y señalando que la no afiliación del actor no obedeció a un capricho o una negligencia por parte del empleador, sino a una imposibilidad legal de realizar dicha afiliación y en consecuencia los aportes correspondientes al período comprendido entre el 15 de octubre de 1979 y el 28 de febrero de 1985 no se realizaron, pues no existía llamamiento obligatorio por parte del ISS a las empresas dedicadas a la exploración y explotación de petróleo. Que si bien dicha empresa tenía a su cargo sus propias pensiones, lo cierto es que no estaba en la obligación legal de realizar un traslado de aprovisionamientos, ni de trasladar reservas actuariales al ISS. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y la genérica. (fol. 69 y s.s.)

3. Contestación Colpensiones. Contestó señalando que no puede oponerse ni allanarse a la declaratoria de un contrato de trabajo, como quiera que es una pretensión que esta dirigida a un tercero. Afirma que no es procedente condenar a COLPENSIONES por el acaecimiento de hechos generados por un tercero y que al demandante no le asiste el derecho a reclamar el pago de u cálculo actuarial. 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. 238 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de junio del 2019 en la que el fallador de primera instancia condenó a la empresa demandada a trasladar a COLPENSIONES los aportes a pensión correspondientes al actor por el período comprendido entre el 15 de octubre de 1979 y el 28 de febrero de 1985 a través de un cálculo actuarial, el cual deberá ser elaborado por COLPENSIONES. Ordenó a Colpensiones validar en su historia laboral los aportes que traslade el empleador y no condenó en costas. (CD fol. 261)

Su decisión se basó en que no existe controversia entre la existencia de un contrato de trabajo y los extremos del mismo. Indica que si bien es cierto las empresas petroleras sólo fueron llamadas a inscripción para octubre de 1993, lo cierto es que esto no es óbice para que el empleador deba asumir el pago de los aportes a pensión conforme ellas debían continuar asumiendo el riesgo de pensión hasta que el ISS asumiera dicha obligación; criterio actualmente expuesto por la CSJ. Estableció que el empleador debe asumir la totalidad del aporte a través del correspondiente cálculo actuarial y declarar no probada la excepción de prescripción por considerar que el pago de aportes es imprescriptible.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **la demandada** interpuso recurso de apelación insistiendo en que dicha empresa antes de octubre de 1993 no tenía un llamamiento obligatorio por parte del ISS, por lo que no puede hablarse de que existió una omisión en el pago de aportes. Indica que no existió la obligación de hacer ningún tipo de reservas. Señala que en caso de que se confirme la condena debe tenerse en cuenta que la Ley 100 de 1993 establece que el empleador sólo debe asumir el 75% de la cotización a pensión y el 25% restante le corresponde al trabajador, como se ha dejado sentado en diferentes tutelas proferidas por la Corte Constitucional.

6. Alegatos Decreto 806 del 2020.

6.1. Alegatos demandante. Solicita se confirme la sentencia emanada del juzgado de primera instancia en todas sus partes y se niegue la solicitud presentada por la demandada en el sentido de absolverse de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y de igual manera su petición subsidiaria de solo en el 75% del valor del cálculo actuarial.

6.2. Alegatos Colpensiones. Señala que en la sentencia únicamente se le indicó a COLPENSIONES, la obligación de elaborar un cálculo actuarial, lo cual hará con base en el Ingreso Base de Cotización del actor.

6.3. Alegatos Primax Colombia. Señala que conviene recordar que ExxonMobil de Colombia S.A., hoy **Primax Colombia S.A.**, fue una empresa dedicada a la explotación y exploración del petróleo y ninguna empresa petrolera tuvo en la ciudad de Bogotá y en otras ciudades del país, llamamiento obligatorio para afiliarse a sus trabajadores al I.S.S., sino a partir de la expedición de la Ley 100/93, motivo por el cual, antes de la entrada en vigencia de la mencionada ley y en estricta aplicación de lo ordenado por el artículo 72 de la ley 90 de 1946, en materia pensional los riesgos de I.V.M., de los trabajadores vinculados a empresas petroleras continuaban normados por los dispuesto en el artículo 260 del C.S.T. y, en consecuencia, estando a cargo exclusivo del empleador, sin que existiera subrogación al Sistema de Seguridad Social.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por **Estrella International Energy Services Sucursal Colombia** 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 los siguientes **problemas jurídicos**:

(i) ¿Acertó el A quo al condenar a la empresa **Exxonmobil de Colombia S.A.** a pagar los aportes a seguridad social durante el tiempo laborado por el actor, a pesar de que para las empresas petroleras no existía el llamado a inscripción en el ISS, ni la obligación de realizar aportes para pensión a dicha entidad?; (ii) ¿Se debe condenar al empleador a pagar únicamente un porcentaje de la cotización a seguridad social?; (iii) ¿Colpensiones debe elaborar el cálculo ordenado?

Relación laboral

No existe controversia en cuanto a que entre el señor Jorge Mario Fernández Páez y la empresa ExxonMobil de Colombia S.A. existió un contrato de trabajo entre el 15 de octubre de 1979 al 28 de febrero de 1985, tal y como es aceptado por la demandada al contestar la demanda y se corrobora con la certificación expedida por el empleador, visible a folio 5.

Tampoco se discute que el empleador no afilió al demandante a seguridad social durante la relación laboral, toda vez que para el momento en que el señor Fernández

Páez laboró para la empresa ExxonMobil de Colombia S.A. no existía el llamado obligatorio para las empresas petroleras.

Cálculo actuarial

Para resolver este problema jurídico, debemos remitirnos al art. 1° del Acuerdo 224 de 1966 "Por el cual se expide el reglamento general del seguro social" aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, en el cual se dispuso lo siguiente:

*"ARTICULO 1o. **Estarán sujetos al Seguro Social obligatorio** contra los riesgos de invalidez y muerte de origen no profesional y contra el riesgo de vejez;*

a. Los trabajadores nacionales y extranjeros que en virtud de un contrato de trabajo presten servicios a patronos de carácter particular, siempre que no sean expresamente excluidos por la ley o por el presente reglamento;

b. Los trabajadores que presten servicios a entidades empresas de derecho público semioficiales o descentralizadas cuando no estén excluidos por disposición legal expresa;

c. Los trabajadores que mediante, contrato de trabajo presten servicios a entidades de derecho público, en la construcción y conservación de las obras públicas y en las empresas o institutos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos o forestales, que aquellas entidades exploten directa o indirectamente o de los cuales sean accionistas o copartícipes;

d. Los trabajadores que presten servicios a un sindicato para la ejecución de un contrato sindical, caso en el cuál la entidad profesional se entiende patrono de los trabajadores." (subrayado y negrilla fuera de texto)

La anterior obligación si bien nació con el Acuerdo 224 de 1966, lo cierto es que no fue inmediata por cuanto se hizo de manera paulatina a medida que el ISS extendiera su cobertura en el territorio nacional.

En cuanto a las empresas petroleras que tenían a cargo sus propias pensiones, es fundamental tener en cuenta que a partir del Decreto 1993 de 1967 aprobatorio del Acuerdo 257 del mismo año emanado del Consejo Directivo del Instituto Colombiano de Seguros Sociales y posteriormente con el Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967 aprobado mediante Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al Seguro Social Obligatorio de Enfermedad General y Maternidad (EGM), incluido el servicio médico familiar, Accidentes de Trabajo y Enfermedades profesionales (ATEP) e Invalidez, Vejez y Muerte (IVM), sin embargo, la fecha del llamamiento a inscripción se haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que viabilizaran la aplicación de la cobertura.

Por lo anterior, se fijó como fecha para tal inscripción el 1° de septiembre de 1982 empero, dicha data se aplazó mediante Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de 1982 y luego al 1° de enero de 1983, de conformidad con la Resolución 4659 de 1982. Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto, no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores.

Posteriormente, una vez reestructurado el Instituto a través del Decreto 2148 de 1992 y en uso de las facultades conferidas en dicho Decreto, el presidente de la entidad emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993, fijando el 1° de octubre de 1993, como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras en el régimen de los seguros sociales obligatorios.

Conforme a ello, en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas que sean anteriores al 1° de octubre de 1993, en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993, no son computables para una pensión del sistema general de pensiones por cuanto no se tenía establecida una afiliación forzosa, sin que pudiera predicarse una omisión imputable al empleador. No obstante, el artículo 72 de la Ley 90 de 1946 dispuso la obligación de los empleadores de hacer los aprovisionamientos de capital necesarios para efectuar los aportes al Instituto en los casos en que éste asumiera dicha obligación.

Lo anterior es respaldado por nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia bajo el radicado N° 41745 del 16 de julio de 2014, la cual fue reiterada en proveído bajo el radicado 47532 del 15 de marzo de 2017, en las que se indicó:

"Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS."

"Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio

sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental, irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley."

"Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social»."

Y se reiteró por nuestra CSJ en la sentencia SL 2903-2018 y SL 543-2020 en las que se señaló que si bien no es dable en estos casos calificar el proceder del empleador como jurídicamente "omisivo", habida cuenta de que la falta de cotización al ISS, fue por falta de llamado a inscripción, lo cierto es que por el hecho de no existir una norma reguladora del pago de dichas cotizaciones, no se puede perjudicar al trabajador quien

prestó sus servicios y por tanto, tiene derecho a que se le realicen las respectivas cotizaciones para tener la posibilidad de acceder a un derecho pensional; siendo entonces obligación del empleador pagar un cálculo actuarial por los tiempos omitidos a satisfacción de la respectiva entidad de seguridad social y de las entidades de seguridad social, tener en cuenta el tiempo servido, como tiempo efectivamente cotizado.

Por tanto, es claro que así la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fuera obligatoria desde el 1° de octubre de 1993, lo cierto es que tales compañías estaban en la obligación de hacer partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello garantizar el derecho a la seguridad social de los mismos como así lo ordenó el artículo 72 de la ley 90 de 1946 en comento.

En consecuencia, acertó el fallador de primera instancia cuando ordenó el pago del correspondiente cálculo actuarial por el período en que la demandada no afilió a su trabajador.

Porcentaje que debe asumir el empleador

En lo atinente al descuento del porcentaje del 25% que le correspondía sufragar al demandante por concepto de aportes a pensión, ha de advertirse el mismo no procede y, por ende, corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte, como así lo indicó la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que expresó:

"Lo anterior se traduce en que es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, era el único responsable del riesgo pensional, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago.

(...)

En los términos del citado precepto legal, corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.

De ahí, que el Juez de alzada no haya incurrido en aplicación indebida del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003.

Además, sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las

gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera”.

Obligación de Colpensiones de efectuar el cálculo actuarial

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de junio del 2019, por el Juzgado 14 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 empresa demandada. 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.

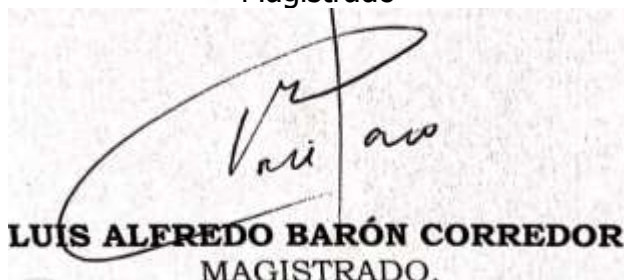
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **JAIME CARLOS CASTELBLANCO PINZÓN**
DEMANDADO: **COLPENSIONES - AFP PORVENIR – AFP PROTECCIÓN**
RADICACIÓN: **1100131050-15-2019-00081-01**
ASUNTO: **CONSULTA EN FAVOR DE COLPENSIONES**
TEMA: **INEFICACIA TRASLADO**

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Carlos Castelblanco Pinzón instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP PORVENIR y la AFP PROTECCIÓN, con el fin de que se declare la anulación por ineficacia de su traslado al RAIS por omisión del fondo de pensiones del deber de profesional de información. Como consecuencia, ordenar el traslado del actor a COLPENSIONES como si nunca se hubiera dado el traslado al RAIS; ordenar a la AFP PROTECCIÓN la devolución a COLPENSIONES de todos los dineros que recibió por motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones y bonos pensionales junto con los rendimientos que se hubieren causado, así como con los gastos de administración; debiendo asumir dicho fondo de su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión. Solicita que en caso de que la AFP PROTECCIÓN reconozca antes de dictarse sentencia una pensión de vejez a seguir pagando la misma hasta que traslade todos los dineros a Colpensiones y sea incluido en nómina por éste. Finalmente solicita se condene a lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fl. 2 y s.s.)

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió al sistema de seguridad social en pensiones a partir del 1° de marzo de 1978; que a raíz de la publicidad y de la gestión realizada por los fondos privados, se trasladó al RAIS el 19

de febrero de 1998; que previo a su afiliación no se le brindó una información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta; que solicitó la anulación de su traslado ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 343), 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 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 y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fol. 256 y s.s.)

4. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado realizado por el actor a la AFP PORVENIR y posteriormente a la AFP PROTECCIÓN es plenamente válido, más aún cuando a Colpensiones no le consta las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las cuales se dio el traslado. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia de la obligación y declaratoria de otras excepciones. (fol. 345 y s.s.)

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones en la medida en la que el demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustenten la omisión al deber de información por parte de la AFP PORVENIR al momento del traslado de régimen. Indica que no es posible solicitar una ineficacia o nulidad del traslado invocando requisitos que no existían a cargo de la AFP para la fecha del traslado. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 377 y s.s.)

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 22 de octubre del 2020, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación o traslado efectuado por el actor del RPMPD al RAIS y como consecuencia, ordenó a la AFP PROTECCIÓN a trasladar los recursos o sumas que obren en su cuenta de ahorro individual y a COLPENSIONES que reciba dichos recursos.

La decisión del Juez se basó en que acoge la línea jurisprudencial de la CSJ. Que la carga probatoria es de la AFP privada quien no demostró haber brindado la información suficiente y clara al momento del traslado, por lo que debe declararse la ineficacia del mismo. Que no era suficiente con allegar el formulario de afiliación. Que considera que no es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración. Dispuso que esta acción es imprescriptible.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos Colpensiones. Señala que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante el señor **JAIME CARLOS CASTELBLANCO PINZON** y la AFP PROTECCIÓN S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

7.2. Alegatos AFP PORVENIR. Indicó que si bien no presentó recurso de apelación contra la sentencia que se estudia, considera que, en virtud del grado de consulta ordenado a favor de COLPENSIONES, resulta procedente revocar la sentencia de primera instancia por cuanto no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional.

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 esto representa un detrimento para dicha entidad?

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor Jaime Carlos Castelblanco Pinzón cotizó al ISS entre el 19 de agosto de 1982 al 31 de enero de 1988, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 54); que el 19 de febrero de 1998 se trasladó a la AFP PORVENIR, según da cuenta el formulario de afiliación (fol. 401) y que posteriormente, el 8 de septiembre del 2003 se trasladó a la AFP SANTANDER hoy AFP PROTECCIÓN, conforme aparece en el formulario de afiliación (fol. 293).

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Sea lo primero advertir que el *a quo* declaró la ineficacia del traslado realizado por el demandante con destino al RAIS, por considerar que la AFP no acreditó que dicho acto estuvo precedido de la debida información, conforme lo exige la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, decisión que no mereció ningún reparo por la AFP, de suerte que la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto.

Ahora, en lo que concierne a Colpensiones, es claro que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS, su vinculación con dicha entidad quedó incólume de ahí que surja la necesidad de **trasladar** por parte de la AFP los **aportes** efectuados por la accionante a ésta, a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

Esta devolución no genera ningún detrimento para COLPENSIONES pues COLFONDOS debe trasladar los **dineros** que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera íntegra, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones, los cuales deberán asumir las AFP privadas a las cuales estuvo afiliado el actor 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-). Por tanto, se adicionará la sentencia apelada para condenar a las AFP PRIVADAS a la devolución de los gastos de administración descontados al actor.

Conforme a lo anterior, y teniendo en cuenta el criterio adocinado 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. Se recalca que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático de la accionante al régimen de prima media administrado por el I.S.S, quedando **sin efectos la vinculación** que se realizó al RAIS y todas las actuaciones que se hayan generado con posterioridad a ello.

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

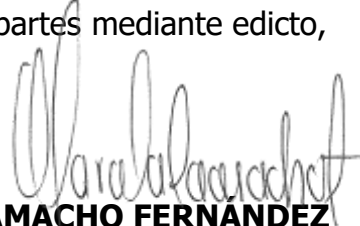
PRIMERO. - ADICIONAR la sentencia proferida el 22 de octubre del 2020, por el Juzgado 15 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. que traslade todos los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del señor **Jaime Carlos Castelblanco Pinzón** 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. – ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de CONDENAR a la AFP PROVENIR a trasladar a COLPENSIONES los dineros que fueron descontados **por concepto de gastos de administración** y comisiones las cuales debe asumir de sus propias utilidades durante el tiempo que el señor **Jaime Carlos Castelblanco Pinzón** estuvo afiliado a dicha entidad.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás.

CUARTO: SIN COSTAS en este grado jurisdiccional.

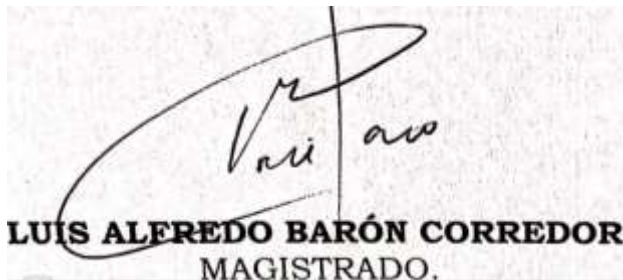
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CESAR AUGUSTO ROZO BUSTOS
DEMANDADO: DUG CARGO S.A.S.
RADICACIÓN: 1100131050-33-2017-00394-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Cesar Augusto Roza Bustos instauró demanda ordinaria contra la DUG CARGO S.A.S. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde entre el 15 de noviembre del 2016 al 28 de febrero del 2017; que se le pague el salario completo acordado durante la ejecución del contrato. Como consecuencia, se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de salarios, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no consignación de las cesantías, prima de servicios, indemnización moratoria, vacaciones, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 4 y s.s. y 46 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que en el segundo semestre del 2016 se reunió con el representante legal de la demandada quien le propuso verbalmente la posición de "Country Manager" en la empresa DUG CARGO LLC la cual se encuentra constituida formalmente en Florida (Estados Unidos) con operación directa en la ciudad de los Ángeles y Miami; que el señor Andrés Samper quien actúa como representante legal de la empresa DUG CARGO S.A.S. (demandada) es accionista tanto de la empresa DUG CARGO S.A.S. como de DUG CARGO LLC; que la remuneración propuesta fue de 10.000 dólares; que el cargo suponía un cambio migratorio en Estados Unidos; que el Representante Legal le informó que el contrato sería celebrado inicialmente con la empresa DUG CARGO S.A.S. domiciliada en Colombia; que debía viajar a Estados Unidos con visa de turista y que una vez estuviera listo el empalme se haría el cambio de visa por la de trabajo; que se vinculó con la empresa DUG CARGO S.A.S el 15 de noviembre del 2016; que

el primer pago que recibió se hizo por intermedio de DUG CARGO LLC por la suma de 10.000 dólares; que el 19 de diciembre del 2016 por medio de su correo corporativo (crozo@dugcargo.com) envía un correo al señor Andrés Samper (asamper@dugcargo.com) señalándole que conforme a lo acordado le remitía el número de su cuenta bancaria en Estados Unidos para que le fuera transferido el monto acordado como salario; que el señor Andrés Samper le responde su correo con la frase "Te la organizo"; que el 22 de diciembre del 2016 Eyleen Zugbi Accountan de DUG CARGO LLC le envió un correo a Andrés Samper en el cual hace el cálculo del salario anual de 120 mil dólares al año para trabajar en DUG CARGO LLC una vez cumpliera el trámite de la visa de trabajo, el cual le fue reenviado por Andrés Samper el 27 de enero del 2017; que el 10 de febrero del 2017 le solicitó a Andrés Samper la transferencia de su salario de noviembre del 2016, enero y febrero del 2017; lo cual reitera el 17 de febrero del 2017; que el segundo pago del salario lo recibió el 17 de febrero del 2017 a su cuenta en Bancolombia por la suma de \$17 millones de pesos; que el 24 de febrero del 2017 le envió un correo a Andrés Samper señalando que en aras de confirmar su renuncia, le informa que estará trabajando hasta el 28 de febrero del 2017 quedando pendiente los pagos que no se le han efectuado; que el 7 de marzo de 2017 recibió una consignación a su cuenta por la suma de \$767.839; que el 3 de mayo del 2017 solicitó a Andrés el pago de los salarios adeudados; que el 6 de mayo del 2017 recibió respuesta de Andrés Samper en la que le indicó "ESTOY ENCIMA DE ESTO, TAN PRONTO PODAMOS HACER EL GIRO LO HACEMOS"; que el 26 de abril del 2017 recibió comunicación de la EPS SURA informando que su empleador se encuentra en mora en el pago de aportes a seguridad social; que el 15 de mayo del 2017 recibió una consignación por la suma de \$372.590.

2. Contestación de la demandada. A pesar de que la notificación de la presente demanda fue recibida por la demandada, pues la empresa de correo certificado señaló "LA ENTIDAD FUE NOTIFICADA EN LA DIRECCIÓN SUMINISTRADA DONDE FUNCIONA"; lo cierto es que la demandada no se presentó a notificarse personalmente; razón por la cual, mediante auto del 26 de abril del 2018, se le designó curador ad litem. (fol. 70 y s.s.)

Y teniendo en cuenta que el curador ad litem no contestó la demanda dentro del término legal, el fallador de primera instancia la dio por no contestada mediante auto del 30 de mayo del 2019. (fol. 89)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de septiembre 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. 90)

Su decisión se basó en que documento denominado "contrato de trabajo" no puede ser valorado, pues no se evidencia que haya sido voluntad de la demandada suscribirlo. Señala que si bien es cierto existe un indicio de la existencia de la relación laboral que reclama el demandante con la certificación en la que la EPS SURA le manifiesta que su empleador se encuentra en mora o con la consignación por parte de la demandada en su cuenta de ahorros, lo cierto es que dichos indicios no tienen la fuerza para que se declare la existencia de un contrato de trabajo. Indica que para el Despacho no hay prueba del objeto para el cual fue contratado el actor o cuales fueron las actividades para las que fue contratado. Señala que tampoco se encuentra acreditada la subordinación. Afirma que para el Despacho existen dudas en torno a si la relación que unió a las partes estuvo enmarcada por un contrato de

trabajo o no. Aduce finalmente, que la parte demandante no logró probar la prestación personal del servicio, ni se evidencia el elemento subordinante.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que *"por la manera como se dio la contratación sin ánimo de ofender a la empresa, pero de manera irresponsable, sin una contratación adecuada pues quedaron a la mano esos elementos probatorios, de los cuales tuve la oportunidad de mencionar en la demanda y en los alegatos. Hablando en términos de justicia honestamente me parece con todo respeto una decisión alejada digamos de la situación real que tuvo lugar. Si bien la dificultad de elementos probatorios por lo que acaba de comentar y por la irresponsabilidad de la empresa de la manera como manejo la contratación, en cuanto a que entregó un contrato para que lo firmara no sé firmo, aparece un salario mínimo, pero es precisamente por la manera como se manejó de manera irresponsable la empresa. Me parece que el certificado bancario, donde aparecen los pagos de nómina, me parece una prueba que indica una relación laboral. Igualmente, el hecho de la comunicación por parte de la EPS de estar en mora también es una prueba muy fuerte para demostrar que efectivamente había un contrato laboral. En ese sentido, presento recurso de apelación, con el objetivo que el superior lo estudie y analice para encontrar la verdad en este proceso."*

5. Decreto 806 del 2020. Alegatos demandante. Señaló que el fallo de primera instancia fundamenta su decisión en la falta de elementos de juicio que permitan concluir la existencia del contrato de trabajo a pesar del indicio grave que existe en contra de la demandada, lo cual, con el respeto que merece la decisión adoptada por el juez de primera instancia, la misma no obedece a una decisión acorde con la realidad jurídica de los hechos, las pruebas y los elementos de derecho propias de la ley sustantiva laboral, pues otra ha debido ser la decisión si el análisis jurídico probatorio se hubiere hecho de forma integral.

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 centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?; en caso afirmativo y (ii) cuáles son los extremos laborales y cuál era el salario devengado?

Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió o no una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la CSJ entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015 ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una

contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial, e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del CST, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del **servicio, la subordinación y el salario**.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019 dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

Caso concreto

En el presente caso, al revisar los medios probatorios allegados al proceso, considera la Sala que sí se logró probar la prestación del servicio, contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, siendo necesario hacer las siguientes precisiones:

1. En cuanto al documento denominado *"CONTRATO DE TRABAJO A TÉRMINO INDEFINIDO"* visible a folio 13 y s.s., no se le puede dar valor probatorio como acertadamente lo dijo el *A quo*, como quiera que no existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, ni tampoco si la parte demandada tuvo conocimiento de dicho legajo y estuvo de acuerdo con lo allí plasmado, pues no se encuentra suscrito por ninguna de las partes, por lo que no cumple con las exigencias del art. 244 del C. G. del P., ni del art. 54ª del CPT y de la SS, para presumirse como un documento auténtico y en consecuencia, otorgarle valor probatorio.
2. En relación al tiquete aéreo en la aerolínea Avianca de Bogotá a la Ciudad de Miami para el día 4 de diciembre del 2016 a nombre del actor (fol. 19), se debe decir que no conduce a demostrar la prestación del servicio la demanda, pues no existe ninguna otra prueba que nos permita establecer que efectivamente ese viaje lo realizó el actor por orden de la demandada y no fue por ejemplo, un viaje personal de recreación o un viaje familiar.
3. Respecto de las impresiones de correos electrónicos enviados por el actor desde el correo crozo@dugcargo.com al correo asamper@dugcargo.com (fl. 20 a 30), último correo que según el dicho de la activa corresponde al señor Andrés Samper, quien conforme al certificado de existencia y representación legal de la demandada, visible a folio 39, ejerce el cargo de Representante Legal suplente de la pasiva, debe recordarse que el art. 247 del CGP establece que serán valorados como mensajes de datos los documentos que hayan sido aportados en el mismo formato en que fueron generados, enviados o recibidos o en algún otro formato que lo reproduzca

con exactitud. Y que la simple impresión en papel de un mensaje de datos será valorada de conformidad con las reglas generales de los documentos.

No obstante, al hacer una lectura de las impresiones de los correos electrónicos enviados por el actor, considera la Sala que con ellos no se logra probar la prestación personal del servicio a la demandada, pues son correos que envió el actor, sin que exista ninguno por parte del señor Andrés Samper como representante de la demandada en el que se den siquiera indicios de dicha prestación del servicio.

Conforme a las anteriores, pruebas documentales es claro que el actor no logró probar siquiera la prestación personal del servicio para la empresa demandada, sin embargo, también se allegaron los siguientes documentos:

1. Impresión correo electrónico de la EPS SURA al actor recibido el 26 de abril del 2017 en la que le señalan lo siguiente:

"Señor:
CESAR AUGUSTO ROZO BUSTOS

En EPS SURA estamos convencidos que informarlo oportunamente es otro modo de cuidarlo.

*Por lo tanto, es nuestro deber comunicarle que a la fecha **su empleador DUG CARGO S.A.S. se encuentra en mora** con los aportes a seguridad social que debe realizar periódicamente. Lo invitamos a verificar con su empleador esta situación para garantizar que usted y sus beneficiarios pueden acceder a los servicios del Plan Obligatorio de Salud..." (fl. 31 y 32)*

2. Extracto de la cuenta de Bancolombia desde el 31 de diciembre del 2016 al 31 de marzo del 2017 en la que aparece como titular el actor y en la que se evidencia los siguientes movimientos (fl. 38 y 39):

FECHA	DESCRIPCION	VALOR
17/02	PAGO DE NOM DUG CARGO SAS	\$17'000.000
7/03	PAGO DE NOM DUG CARGO SAS	\$761.839

De estos dos últimos documentos, en los cuales la EPS SURA afirma que el actor se encuentra afiliado a dicha entidad a través de su empleador DUG CARGO SAS y el extracto bancario de BANCOLOMBIA en el que aparece que la empresa demandada le realizó al actor dos pagos de nómina, considera la Sala que se logra probar la existencia de relación laboral entre las partes, contrario a lo dicho por el fallador de primera instancia, veamos porque:

Está acreditado que la accionada afilió a seguridad social al actor, pues no de otra manera la EPS SURA expide comunicado dirigido al señor ROZO en que informa que la empresa DUG CARGO S.A.S. en **calidad de empleador** se encuentra en mora en el pago de sus aportes. A partir de este hecho conocido por encontrarse probado, podemos inferir el hecho desconocido que no es otro que la existencia de una relación laboral entre las partes, en la que la demandada en calidad de empleadora cumplió con su obligación legal de afiliar al señor Cesar Rozo al sistema de seguridad social integral, sufragando algunas cotizaciones, generándose así la presencia de un indicio contingente.

A lo anterior debe sumarse otro indicio contingente extraído del hecho de la apertura de la cuenta nómina a favor del aquí demandante por parte de la encartada en la entidad bancaria Bancolombia, y de la consignación de sumas de dinero derivadas de pagos de **nómina**, los cuales se encuentran probados con el extracto de la cuenta de ahorros emitido por la entidad bancaria al que se hizo alusión precedentemente; hechos conocidos que conducen a inferir la existencia del hecho desconocido consistente en la configuración de una relación laboral entre los ahora litigantes, pues solo quien tiene la condición de empleador efectúa la apertura de cuenta nómina a favor de otro y consigna sumas que se deducen derivadas de una prestación del servicio al registrarse bajo el concepto de nómina, que no es otra cosa que el registro financiero de las acreencias laborales de sus empleados.

Y como si lo narrado fuera poco, no debe perderse de vista que sobre la pasiva recae otro indicio, catalogado por la ley como grave, derivado de la falta de contestación de la demanda, conforme lo dispone el parágrafo 2º del art. 31 del CPT y de la SS. Así entonces, a partir del hecho probado sobre el conocimiento de la accionada respecto a la demanda formulada en su contra por parte del señor CESAR AUGUSTO ROZO BUSTOS, acreditado con la notificación a través de curador ad litem, se infiere el hecho desconocido de la existencia de relación laboral entre los contendientes planteada en el libelo incoatorio, hecho éste que la pasiva decidió no controvertir.

Estos tres indicios concordantes, convergentes y graves, **valorados en conjunto** conducen a la certeza sobre la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en Litis, por ende, al ser admisibles todos los medios de prueba según nuestro estatuto laboral conforme se desprende del contenido del art. 51 del CPT y de la SS, ser los indicios medios de prueba de acuerdo a lo estipulado en el art. 165 del CGP y al encontrarse acreditados los presupuestos para su aplicación previstos los arts. 240 y 242 del mismo estatuto, debe declararse que entre el señor CESAR AUGUSTO ROZO BUSTOS y la empresa DUG CARGO S.A.S. existió un contrato de trabajo celebrado a término indefinido, por no encontrarse prueba de un plazo fijo pactado.

Extremos de la relación laboral

Sobre los extremos de la relación laboral la CSJ, entre otras, en la sentencia SL2536-2018, indicó que si bien los extremos laborales no se encuentran explícitamente enunciados en el artículo 23 del CST, como elemento constitutivo de la relación de trabajo, su determinación es inherente a la misma vigencia de la prestación del servicio, pues solo a través de su conocimiento es posible establecer el interregno por el que se prolongó la relación laboral y el quantum de las obligaciones correlativas que le incumben al empleador, por el mismo periodo. Por tanto, su carga probatoria le concierne al trabajador, en virtud del principio general de que quien pretende un derecho debe acreditar los hechos en que se funda, según el artículo 167 del CGP, aplicable a los juicios del trabajo por remisión analógica del artículo del 145 del CPT y de la S.S.

En los casos en que no se logre probar los extremos aducidos en la demanda, se debe acudir al criterio de nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 905-2013, la cual reiteró la sentencia bajo el radicado 22580 del 22 de marzo del 2006, en donde la Corte señaló lo siguiente:

“...en estos casos, en que no se conocen con exactitud los extremos temporales, se podrían dar por establecidos en forma aproximada, cuando se tenga

seguridad sobre la prestación de un servicio en un determinado período, para así poder calcular los derechos laborales o sociales que le correspondan al trabajador demandante. Al respecto, en sentencia de la CSJ Laboral del 22 de marzo de 2006 Rad. 25580, reiterada en decisiones del 28 de abril de 2009 Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012 Rad. 42167, se dijo:

"(...) Aunque no se encuentra precisada con exactitud la vigencia del contrato de trabajo, esta podría ser establecida en forma aproximada acudiendo a reiterada jurisprudencia sentada desde los tiempos del extinto Tribunal Supremo del Trabajo, según la cual cuando no se puedan dar por probadas las fechas precisas de inicio y terminación de la relación laboral, pero se tenga seguridad de acuerdo con los medios probatorios allegados sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo que a pesar de no concordar exactamente con la realidad da certeza de que en ese lapso ella se dio, habrá de tomarse como referente para el cálculo de los derechos laborales del trabajador.

En sentencia de 27 de enero de 1954, precisó el Tribunal Supremo:

<Si bien es cierto que la jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante en el sentido de que cuando quien debe demostrar el tiempo de servicio, y el salario devengado, no lo hace, no hay posibilidad legal para condenar al pago de prestaciones, salarios o indemnizaciones, es también evidente que cuando de las pruebas traídas a juicio se puede establecer sin lugar a dudas un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador haya servido, y existan por otra parte datos que permitan establecer la cuantía del salario devengado, es deber del juzgador desentrañar de esos elementos los hechos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan>.

*En el sub examine se conocen el año y el mes, pero no el día en que empezó y terminó la relación; **de acuerdo con el criterio anterior, habría de entenderse como probado el extremo inicial del vínculo laboral a partir del último día de noviembre del año 2000**, y como extremo final, el señalado por el actor en la demanda, es decir, el 23 de diciembre de ese año, por estar dentro del espacio temporal que quedó probado. Así, se habría establecido que el contrato tuvo vigencia entre el 30 de noviembre y el 23 de diciembre de 2000"*(resalta la Sala)."

Conforme a lo anterior y tal como lo dijo la Corte en la sentencia precita *"...si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de laborales el último día del último mes del año, pues se tendría la convicción que por lo menos ese día lo trabajó. Empero frente al extremo final, siguiendo las mismas directrices, sería el primer día del primer mes, pues por lo menos un día de esa anualidad pudo haberlo laborado"*

En el caso concreto, el demandante pretende que se declare la existencia de una relación laboral entre el 15 de noviembre del 2016 al 28 de febrero del 2017.

Al respecto, cumple advertir que de los medios de convicción oportunamente incorporados no se tiene probado el contrato de trabajo aducido dentro de los extremos señalados en la demanda, lo cual, además, era carga probatoria de la parte accionante conforme a los términos del artículo 167 del CPT y de la SS.

Es necesario señalar que del correo de la EPS SURA en el que se le informa al actor que su empleador DUG CARGO SAS se encuentra en mora en el pago de sus aportes, no puede deducirse los extremos labores pretendidos en la demanda, como quiera

que en dicha certificación no se indica la fecha en que fue afiliado el actor o cuales son los períodos que se encuentran en mora. Adicionalmente, fue enviada al correo del actor el 26 de abril del 2017, fecha posterior al extremo final solicitado en el libelo incoatorio.

En cuanto al extracto bancario de BANCOLOMBIA debe indicarse que si bien aparece un pago de nómina del 17 de febrero del 2017 por el empleador DUG CARGO S.A.S., lo cierto es que, de allí no se desprende si la empresa le está pagando al actor por haber laborado el mes completo o algunos días o la mitad del mes, pues simplemente aparece que se hizo un pago de nómina, por lo que no hay forma de determinar a qué periodo corresponde la suma consignada.

Por tanto, acogiendo la postura de la CSJ, ésta Sala entiende que por lo menos para el día de la consignación **17 de febrero del 2017** el demandante se encontraba laborando para la empresa DUG CARGO SAS por lo que se tomará esa fecha como extremo inicial y teniendo en cuenta que aparece otra consignación de fecha 7 de marzo del 2017 y que el demandante refiere que laboró hasta el **28 de febrero del 2017** (fecha anterior a la última consignación) se tendrá que el actor laboró hasta el 28 de febrero del 2017, como lo pretende el actor.

Por tanto, se declarará la existencia de una relación laboral entre el **17 y el 28 de febrero del 2017**.

Salario

La única prueba que permitiría establecer el salario es el extracto de BANCOLOMBIA, sin embargo, dicho documento no permite tener certeza del salario pactado por las partes pues existen dos consignaciones, la primera el 17 de febrero del 2017 por la suma de \$17'000.000, frente a la cual como ya se dijo, no se sabe a qué días corresponde el pago y, una segunda consignación del 7 de marzo del 2017 por la suma de \$761.839 sin que se especifique periodo o acreencia laboral a que corresponde.

Por consiguiente, al no existir certeza de cuál fue el salario pactado, pues existen dos consignaciones por valores diferentes, sin que sea posible para esta Sala determinar cuántos días remunera cada una, se tomará como salario el mínimo para el año 2017 el cual ascendía a la suma de \$737.717.

Liquidación de acreencias laborales

Sea lo primero recordar, que no hay lugar a estudiar si las acreencias laborales reclamadas se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, pues la demanda se tuvo por no contestada y la excepción de prescripción no puede ser estudiada de oficio en los términos del art. 282 del C.G. del P.

Por consiguiente, se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, de la siguiente manera:

Salarios

El demandante solicita se le cancele el pago de los salarios que fueron pagados incompletos frente a lo cual no se imparte ninguna condena, pues fue necesario en el presente caso establecer como salario el mínimo legal vigente para el año 2017 y al existir dos consignaciones se supera el monto para el periodo laboral declarado.

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$24.590,57** por concepto de auxilio de cesantías entre el 17 de febrero y el 28 de febrero del 2017.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2017	\$ 737.717,00	\$ 0,00	\$ 737.717,00	12	\$ 24.590,57
Total Auxilio de cesantías					\$ 24.590,57

Intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

- 2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.
- 3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.
- 4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala "El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías, tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior.

El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$98.36** por este concepto durante toda la relación laboral.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados	Días laborados	Valor cesantías 2014-2016	Valor intereses a las cesantías
cesantías 2017	12	\$ 24.590,57	\$ 98,36
Total Intereses a las cesantías			\$ 98,36

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para

liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$24.590,57**, por concepto de prima de servicios durante la relación laboral.

Prima de servicios				
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
jun-17	\$ 737.717,00	\$ 0,00	\$ 737.717,00	\$ 24.590,57
Total Prima de servicio				\$ 24.590,57

Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario señalar que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$12.295,28**, por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 17 de febrero del 2017-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones causación	Salario	Días laborados	Valor prima
17-02-17 a 28-02-18	terminación contrato	\$ 737.717,00	12	\$ 12.295,28
Total Vacaciones				\$ 12.295,28

Del pago de las obligaciones generadas durante la relación laboral

Conforme a la cuantificación realizada precedentemente, se encuentra que por prestaciones sociales y vacaciones el empleador debía pagar al actor un total de \$61.574,78.

Ahora, teniendo en cuenta que con posterioridad a la finalización del contrato el 28 de febrero del 2017 aparece un pago de nómina el 7 de marzo del 2017 por valor de \$761.839 en la cuenta del actor por parte de su empleador, se entiende que con él se pagó la liquidación del contrato de trabajo y teniendo en cuenta que la suma consignada excede del valor que aquí se liquidó por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, se tendrá que el empleador no adeuda ninguna acreencia laboral al actor.

Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. Por su parte, el art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retardo.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, máxime porque a pesar de haber recibido el citatorio y el aviso se rehusó a notificarse personalmente, por lo que fue necesario designarle un curador ad litem.

Así las cosas, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la demandada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

Cuantificación sanción por no consignación de las cesantías

Teniendo en cuenta que el contrato de trabajo únicamente se declaró entre el 17 y el 28 de febrero del 2017, es claro que no alcanzó a nacer la obligación de consignar las cesantías; razón por la cual se absuelve de esta pretensión.

De la Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

Teniendo en cuenta que se estableció que con la consignación efectuada por el empleador el 7 de marzo del 2017, se le pagaron al actor todas las prestaciones sociales generadas durante la relación laboral y que no se le adeuda al actor ninguna suma de dinero, solo hay lugar a condenar al pago de la indemnización moratoria durante el periodo comprendido entre el 1 de marzo de 2017(data siguiente al finiquito) y el 7 de marzo de 2017 (fecha de pago a través de consignación bancaria).

Lo anterior por cuanto, no existe prueba en la presente Litis de que el actuar de la pasiva hubiere estado revestido de buena fe para no pagar al momento de la terminación del contrato las prestaciones debidas, esto es, que hubiese tenido la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude, máxime porque a pesar de haber recibido el citatorio y el aviso se rehusó a notificarse personalmente, por lo que fue necesario designarle un curador ad litem, en consecuencia, se hace imperioso acudir al al parágrafo 2° del art. 65 del CST el cual establece que el trabajador tiene derecho a un día de salario por cada día de retardo hasta el momento en que el empleador realice el pago total de su obligación.

Por tanto, se condena a la demandada a pagar la suma de \$172.133 por dicho concepto.

Indexación de las sumas adeudadas

Teniendo en cuenta que la indexación es incompatible con la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ, entre otras, en la sentencia SL 4743-2020, se absuelve de esta pretensión.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR parcialmente la sentencia proferida el 16 de septiembre del 2019, por el Juzgado 33 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **CESAR AUGUSTO ROZO BUSTOS** y la empresa **DUG CARGO SAS** entre el 17 y el 28 de febrero del 2017 cuyo salario ascendió a la suma de \$737.717.

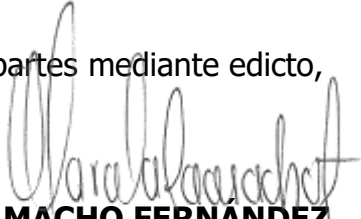
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **DUG CARGO SAS** a pagar al señor **CESAR AUGUSTO ROZO BUSTOS** las siguientes sumas de dinero:

- Indemnización moratoria \$172.133

TERCERO: SE ABSUELVE de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

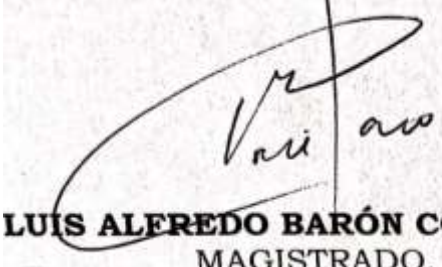
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **JORGE ALBERTO CORTES BOGOTA**
DEMANDADO: **PRODUCTOS RAMO S.A.**
RADICACIÓN: **1100131050-03-2018-00192-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE**
TEMA: **CONTRATO DE TRABAJO**

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Alberto Cortés Bogotá instauró demanda ordinaria contra la PRODUCTOS RAMO S.A. con el fin de que declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de febrero de 1989 al 1° de abril del 2015, cuyo último cargo desempeñado fue el de supervisor y el último salario fue de \$1'814.000. Que el contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo de fecha 31 de marzo del 2015 no obedeció a un acto natural, libre y voluntario del señor JORGE ALBERTO CORTES BOGOTÁ, sino a una decisión propia unilateral de la entidad empleadora. Solicita se declare la nulidad del contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo por vicios del consentimiento. Que se declare la no existencia de solución de continuidad en el contrato de trabajo que vinculó a las partes.

Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a reintegrar al actor a un cargo de igual o similar categoría al que desempeñaba al momento de la finalización del contrato y a que se le reconozca y pague todos los salarios y prestaciones legales y extralegales, aportes a seguridad social, aportes a caja de compensación familiar, dejados de percibir desde el 2 de abril del 2015 hasta cuando se haga efectivo el pago. Sumas que deberá pagar de manera indexada, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 7 y s.s.).

Solicita como pretensiones subsidiarias se declare que la empresa demandada efectuó un despido colectivo entre el 31 de marzo del 2015 al 30 de septiembre del 2015; que el empleador no cumplió con el procedimiento ante la autoridad

administrativa correspondiente, contemplada para despidos colectivos en el art. 67 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 40 del Decreto Ley 2351 de 1965. Finalmente, pide se condene a la demandada al pago de perjuicios morales y extrapatrimoniales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que celebró un contrato a término indefinido con la demandada entre el 14 de febrero de 1989 al 1° de abril del 2015; cuya última labor desempeñada fue la de supervisor; que el último salario devengado fue de \$1'814.000; que el 22 de enero del 2014 fue intervenido quirúrgicamente de la rodilla derecha; que se le generaron recomendaciones médicas laborales las cuales fueron puestas en conocimiento del empleador; que el empleador lo afilió a seguridad social en salud (NUEVA EPS), pensión (PORVENIR) y riesgos profesionales (POSITIVA) y a la caja de compensación familiar (COLSUBSIDIO) durante la relación laboral.

Indicó que el 30 de marzo del 2015 fue citada a una reunión en el Serrezuela Country Club en Mosquera y se puso a su disposición rutas por parte del empleador; que el empleador no le informó el objeto de la reunión; que dicha citación le fue entregada a más de 300 trabajadores; que el 31 de marzo del 2015 atendiendo las instrucciones de su empleador tomó la ruta dispuesta y fue trasladado desde la planta de producción al Club en Mosquera; que en el Serrezuela Country Club (Mosquera) su empleador le entregó inmediatamente el contrato de transacción y terminación del contrato de trabajo; que el empleador elaboró el contrato de transacción.

Aduce que fue constreñido por parte de su empleador para que firmara urgentemente el contrato de transacción; que él se negó a firmar dicho contrato dado que desconocía por completo el contenido del mismo y sus efectos jurídicos y económicos; que el empleador le insistía y presionaba para que lo firmara; que el empleador le negó la posibilidad de dejar constancia en la que se señalara que no estaba de acuerdo con la firma del documento; que no era su voluntad dar por terminado el contrato de trabajo; que el empleador lo presionó y le señaló que era obligatorio firmar el contrato de transacción, pues si no lo firmaba no recibiría la suma de \$80'279.291 correspondiente a la liquidación de salarios y prestaciones sociales.

Afirma que en la liquidación que se le anexo al contrato de transacción se determinó el valor de los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y un bono de retiro por la suma de \$78'567.291. Que firmó el contrato de transacción en contra de su voluntad. Que el 1° de abril del 2015 se presentó a trabajar, pero le fue negada la entrada. Que en similares condiciones se encontraban más de 300 trabajadores, especialmente quienes tenían una antigüedad de más de 20 y 30 años o que tenían una discapacidad o una afectación en la salud.

Manifiesta que el empleador entre el 31 de marzo del 2015 y el 30 de septiembre del 2015 realizó un despido colectivo, sin autorización del Ministerio del trabajo o de alguna autoridad administrativa. Que la empresa demandada antes de iniciar con los despidos contaba con más de 1000 trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo. Que con el despido colectivo se afectó a un número de trabajadores superior al 5% del total de los trabajadores que tenía la empresa.

Argumenta que el 8 de abril del 2015 se le realizó su examen de retiro en el cual se dejó la observación "CONTROL POR ORTOPEDIA, PARA FORMULACIÓN DE PLANTILLA ORTOPEDICA"; que al momento en que fue despedido se encontraba

adelantando los trámites para que se le practicara una cirugía del pie izquierdo. Que el 16 de abril del 2015 el empleador le pagó la suma de \$80'279.291. Que el 3 de junio del 2015 presentó reclamación en contra de su empleador ante el Ministerio del Trabajo señalando que le cancelaron su contrato de trabajo estando con restricciones médicas. Que el empleador fue citado a audiencia de conciliación, pero las partes no llegaron a ningún acuerdo conciliatorio. Que mediante la Resolución N° 3030 del 27 de septiembre del 2017 el Ministerio del Trabajo sancionó a la empresa demandada con multa equivalente a 3000 salarios mínimos legales mensuales vigentes por terminar contratos laborales a trabajadores que presentaban discapacidad o una afectación su salud entre los meses de marzo a abril del 2015, sin previa autorización del Ministerio del Trabajo.

2. Contestación de la demandada. Contestó aceptando la existencia de una relación laboral con el actor desde el 14 de febrero de 1989 pero indicó que el contrato que unió a las partes finalizó el 31 de marzo del 2015. Se opuso a las demás pretensiones de la demanda señalando que el contrato finalizó por mutuo acuerdo entre las partes bajo la celebración de un contrato de transacción el cual hizo tránsito a cosa juzgada. Indicó que durante la vigencia de la relación laboral se le cancelaron al actor todas las acreencias laborales a las que tenía derecho. Que la decisión de dar por terminado el contrato fue una decisión bilateral, libre voluntaria y por mutuo consentimiento de las partes, tal y como se desprende del contrato de transacción que se aporta como prueba, sin que se evidencie, ni se encuentre probada la existencia de vicio alguno del consentimiento, bien sea por error, fuerza o por dolo, siendo válido para todos los efectos legales y haciendo tránsito a cosa juzgada. Propuso como excepción previa la de cosa juzgada y las de fondo de cosa juzgada, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación y validez del contrato de transacción. (fol. 82)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de abril del 2019, en la que el fallador de primera instancia declaró la existencia de un contrato de trabajo entre el 14 de febrero de 1989 al 31 de marzo del 2015, el cual se dio por terminado en virtud del acuerdo transaccional suscrito en forma libre, expresa y voluntaria por las partes. Declaró probada la excepción de cosa juzgada. Absolvió a la empresa demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. No condenó en costas a la demandada. (CD fol. 223)

Su decisión se basó en que no existe discusión en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo y el extremo inicial del mismo el 14 de febrero de 1989. Indica que el extremo final fue el 31 de marzo del 2015 a pesar de la certificación expedida por el empleador en la que indica que el contrato finalizó el 1° de abril del 2015, pues la certificación se desvirtuó con el contrato de transacción y con la confesión por parte del demandante al absolver su interrogatorio de parte.

Señala que considera que la transacción es válida y es producto de la voluntad libre y sin errores de las partes, tiene un objeto y una causa lícita y no desconoce derechos ciertos e indiscutibles. Que la transacción por la suma de \$80'173.474 incluye la liquidación final de prestaciones sociales y las vacaciones. Que se encuentra probado que la empresa demandada cumplió con su obligación de pagar todos los aportes a seguridad social durante la relación laboral. Que lo manifestado por el actor no tiene que ver ni con el objeto, ni con la causa lícita. Que el demandante alega un vicio del consentimiento, señalando que no suscribió el contrato de transacción de manera libre y voluntaria.

Indica que el actor al absolver su interrogatorio de parte aceptó que fue citado a Mosquera y que le dieron un acuerdo para que leyera y que el demandante sabía que con el Acuerdo se estaba dando por terminado el contrato de trabajo, por lo que no existió ningún error. Que no existe ninguna prueba que acredite el dolo. Que los testigos traídos al proceso no pueden dar circunstancias de tiempo, modo y lugar. Que no se prueba que haya existido una fuerza, presión o constreñimiento.

En cuanto a la pretensión subsidiaria señaló que no es competencia del Juez Laboral estudiar lo correspondiente con los despidos colectivos. Que ni siquiera se aportó el número de trabajadores de la demandada y cuántos fueron despedidos. Que no se prueba el supuesto daño causado. Que no hay lugar al reintegro. Que no demostró ni siquiera cuáles eran los perjuicios causados.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que si se acreditaron los vicios del consentimiento alegados para declarar la nulidad de la transacción. Que, si bien uno de los testigos dijo que no todos los trabajadores firmaron el acuerdo, los que no lo hicieron no fue porque lo leyeran y no estuvieran de acuerdo, sino porque no todos fueron llamados a firmar dichos contratos de transacción. Que la parte actora probó con los testimonios que existió una fuerza que fue determinante para que se firmara el contrato y que lo obligaron, pues de lo contrario le darían por terminado su contrato de trabajo sin ningún pago.

Que el demandante no firmó la transacción de manera libre y voluntaria. Que en el derecho se plasmaron derechos ciertos e indiscutibles como lo son el sueldo, las prestaciones sociales y vacaciones, por lo que el contrato de transacción no es válido, Que no se demostró que quien firmó por la empresa tuviera la calidad de representante legal.

Que, aunque ninguno de los testigos estuvo presente en el momento en que el actor firmó el contrato de transacción, lo cierto es que si estaban en el mismo lugar y en la misma jornada y a todos se les hizo el mismo procedimiento. Que el demandante no contó con el tiempo suficiente para analizar la situación.

Que frente a la pretensión subsidiaria de despido colectivo si es la jurisdicción ordinaria la competente para conocer de este asunto, conforme lo tiene sentado nuestra CSJ, por lo que sí es competente para determinar si ex existió o no un despido colectivo.

Que si existió un despido porque no era voluntad del demandante dar por terminado el contrato. Que en el escrito de la demanda se solicitaron unas pruebas las cuales la demandada se negó aportar con la contestación de la demanda. Que el Representante Legal de la demandante dijo cuántos trabajadores tenían. Que se probó que se despidieron más de 300 trabajadores y que se superó el 5% configurándose un despido colectivo. Que la empresa demandada no pidió autorización del Ministerio del Trabajo.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020. La demandada presentó alegatos señalando que se encuentra plenamente probado dentro del proceso que el contrato de trabajo del actor finalizó por acuerdo entre las partes el treinta y uno (31) de marzo de 2015 tal y como se desprende del acta de transacción suscrita por el demandante, la cual se allegó como prueba al momento de contestar la demanda, de manera que no

existe lugar a duda de que se trató de una decisión bilateral de las partes del contrato de trabajo y no de un despido, puesto que ésta situación sólo se presenta ante la decisión unilateral de un empleador de extinguir la relación laboral, lo que NO sucedió en este caso y, en consecuencia, es improcedente el reintegro pretendido, máxime cuando no existe prueba si quiera sumaria de que el demandante gozara de estabilidad laboral reforzada, lo que, en todo caso, no impide la finalización de vínculos laborales por mutuo consentimiento.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿La terminación del contrato por mutuo acuerdo celebrado entre las partes es ineficaz a causa de un vicio del consentimiento en el trabajador?. En caso de no prosperar la anterior pretensión, establecer (ii) ¿La jurisdicción ordinaria laboral es la competente para conocer los procesos de despido colectivo?, en caso afirmativo (ii) ¿existió un despido colectivo?

De la existencia del contrato de trabajo entre las partes

No se discute en esta instancia que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 14 de febrero de 1989 al 31 de marzo del 2015, en virtud del cual el actor se desempeñó como supervisor, pues así lo aceptó la empresa demandada al contestar la demanda, lo precisó el Juzgado de primera instancia y se constata del contrato de trabajo (fol. 135 a 140).

De la nulidad de la terminación del vínculo laboral por mutuo acuerdo entre las partes

De la interpretación del recurso de apelación formulado por la parte actora, observa la Sala que ésta insiste en que la terminación de mutuo acuerdo entre las partes se encuentra viciada de nulidad, en tanto que la misma no refleja la voluntad del trabajador, en específico, porque conforme a lo dicho en la demanda, éste fue constreñido a firmar el documento de terminación del vínculo laboral, lo cual desconoce las normas citadas en la demanda.

Sobre el particular, observa la Colegiatura que en efecto el 31 de marzo del 2015, las partes suscribieron un documento que ellas denominaron "*CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO ENTRE PRODUCTOS RAMOS S.A. (EL EMPLEADOR) Y CORTÉS BOGOTÁ JORGE ALBERO (TRABAJADOR)*", en virtud del cual señalan:

"1. En tal sentido, las partes de forma voluntaria y expresa, mediante transacción, formalizan los términos del acuerdo al que han llegado, y que consiste en lo siguiente:

a) *PRODUCTOS RAMO S.A. reconoce y paga a CORTES BOGOTA JORGE ALBERTO la suma bruta de \$80'173.474 a título de suma única para transigir y compensar cualquier eventual litigio que se llegare a presentar entre las partes, con ocasión de la ejecución y la terminación del vínculo contractual referenciado en el numeral 1) de los supuestos de hecho.*

El monto convenido será consignado en la cuenta bancaria en la que le ha pagado PRODUCTOS RAMO S.A., su salario hasta la fecha y que se encuentra registrada actualmente en la empresa, dentro de los diez (10) días siguientes a la firma de este contrato.

b) *PRODUCTOS RAMO S.A. y CORTES BOGOTA JORGE ALBERTO convienen que para todos los efectos el contrato de trabajo se entiende finalizado por mutuo acuerdo el día 31 de marzo del 2015.*

c) *PRODUCTOS RAMO S.A. y CORTES BOGOTA JORGE ALBERTO reconocen que han cumplido a satisfacción sus obligaciones, y, en consecuencia, de buena fe se declaran a PAZ Y SALVO por todo concepto.*

d) *CORTES BOGOTA JORGE ALBERTO reconoce haber revisado el detalle de la liquidación final de acreencias laborales, la cual se adjunta en el anexo que hace parte de este contrato para todos los efectos legales a que haya lugar, declarando su aprobación sobre la misma ya que se encuentra acorde con los derechos establecidos en la Ley, los cuales fueron pagados considerando los ingresos base de liquidación aplicables, según los salarios devengados y todos los pagos constitutivos de salarios reconocidos a EL EXTRABAJADOR, y que en este acto se ratifican.*

e) *En la eventualidad de que alguna autoridad administrativa o judicial desconociera los efectos de cosa juzgada del presente acuerdo o en general la validez del mismo, se entiende no causada la suma convenida en el literal a) anterior y en consecuencia CORTES BOGOTA JORGE ALBERTO resultará deudor (a) y deberá pagar a PRODUCTOS RAMO S.A. la suma reconocida con los intereses máximos bancarios aplicables.*

2. *En virtud del acuerdo celebrado CORTES BOGOTA JORGE ALBERTO manifiesta libremente lo siguiente:*

"Declaro que conozco mis derechos laborales y que no se me vulneran derechos ciertos e indiscutibles derivados de mi relación de trabajo. Declaro igualmente mi conformidad con el acuerdo celebrado toda vez que no encuentro vulnerados los derechos que me pudieran corresponder por razón del vínculo laboral que sostuve con PRODUCTOS RAMO S.A. para desarrollar los servicios relacionados en el literal A) del presente contrato de transacción. En todo caso, con la suma de dinero reconocida por derechos y garantías inciertas y discutibles que puedan desprenderse de la relación a la que se hace alusión en el capítulo de supuestos de hecho del presente acuerdo transaccional, sin que haya lugar a posterior reclamo de ninguna índole"

3. *Para todos los efectos legales se hace expreso que la suma convenida en el presente acuerdo no constituye salario de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.*

4. *En virtud del pago de la bonificación por los servicios prestados, las partes transigen todas las actuales o eventuales diferencias derivadas de la relación laboral que los vinculó, dándole al presente acuerdo el valor de transacción, con efectos de cosa juzgada, en los términos del Código Civil y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15 del Código Sustantivo del Trabajo declarando las*

partes que está a paz y salvo el ex empleador por concepto de salarios, prestaciones, causación, reconocimiento y pago de recargos por trabajo extra, recargos por trabajo nocturno, recargos por trabajo extra nocturno, recargo por trabajo en días de descanso obligatorio, compensatorios, cualquier eventual reclamación o diferencia sobre las causas que dieron origen a la terminación del contrato y eventuales reclamaciones con indemnizaciones y/o bonificaciones por retiro, así como eventuales reclamaciones sobre la naturaleza salarial o no de pagos efectuados al extrabajador, eventuales reliquidaciones, eventuales diferencias sobre coexistencia y/o concurrencia de contratos en atención a los términos que desempeñaba, los servicios para los cuales fue contratado, igualmente acepta que el mayor valor de la liquidación de sus acreencias laborales sea imputable y compensable a cualquier otro concepto que por otro concepto tuviere que pagarle.” (fol. 141 y s.s.).

Conforme a lo anterior, y una vez revisada la liquidación del 15 de abril del 2015 pagada el 16 de abril de la misma anualidad, se observa que se le reconoció al demandante además de las acreencias laborales a que hubiere lugar, una suma de \$78'567.884 a título de “bono de retiro”, para un total de \$80'173.474 después de realizadas las deducciones correspondientes, lo cual es aceptado por el demandante en el hecho N° 35 de la demanda. (fl. 144).

Frente al acuerdo entre las partes, ha de decir la Sala que tal y como lo concluyó el *a quo*, no se advierte que el mismo se encuentre afectado de nulidad por vicio en el consentimiento, pues ninguna prueba obrante en el proceso permite concluir que el trabajador fue constreñido a imponer su firma en el documento en mención.

Nótese que los medios de convicción obrantes en el proceso, que se limitan a pruebas documentales, no dan cuenta de tal vicio, y en específico de la fuerza impartida sobre el trabajador para suscribir dicho acuerdo, siendo pertinente precisar que si bien en la demanda se afirmó que los asesores que se encontraban con cada trabajador el 31 de marzo del 2015 le indicaron que debía firmar el acuerdo de terminación so pena de ser despedido sin ninguna indemnización, lo cierto es que ello no se encuentra acreditado en el proceso, no cumpliendo así el demandante con la carga probatoria que le incumbía en los términos del artículo 167 del CGP.

Y es que si bien el demandante trajo al proceso como testigos a los señores Benjamín Cubillos López, Manuel Joaquín Melo Martínez y Rodolfo Hidalgo Martínez trabajadores de la empresa demandada, quienes también se encontraban el 31 de marzo del 2015 en el club serrezuela y quienes manifestaron que habían firmado el contrato de transacción que les puso de presente su empleador; lo cierto es, que contrario a lo manifestado por la apoderada del demandante en la apelación, su dicho no puede ser tenido en cuenta por esta Sala, como quiera que son claros al manifestar que no se encontraban presentes al momento en que el demandante suscribió el contrato de transacción, por lo que su dicho deviene de su situación particular y no tienen conocimiento de la forma en que se desarrolló la firma del contrato por parte del demandante, simplemente se limitan a suponer que fue en los mismos términos de lo que ellos vivieron.

Así las cosas, contrario a lo afirmado en la demanda, no se advierte la violación de las distintas normas citadas en ésta, porque lo que se deriva de las documentales adosadas en el proceso, es que lo plasmado por el trabajador en el acuerdo de terminación del contrato de trabajo sí se corresponde con su voluntad.

Sobre este aspecto además, no sobra advertir que de antaño la CSJ ha indicado que el ofrecimiento de sumas de dinero a título de bonificación por parte de los empleadores a sus trabajadores a la terminación del vínculo laboral por mutuo consentimiento representa un actuar legítimo, en la medida que el empleado está en la posibilidad de rechazarlas o aceptarlas, e incluso formularle al patrono ofertas distintas, que de igual manera pueden ser aprobadas o desestimadas por éste (sentencia SL3477-2018).

Ahora, no es cierto que la transacción comprendió derechos ciertos e indiscutibles como lo son salarios, prestaciones sociales y vacaciones, pues en la liquidación que se adjuntó con el contrato de transacción se dejó claramente determinado que al actor se le cancelaban las sumas que le correspondían legalmente como salarios, prestaciones sociales y vacaciones frente a las cuales no se observa que exista una liquidación errónea, ni tampoco esto fue alegado por el actor. Adicionalmente, se evidencia que al actor se le otorgó un bono de retiro por la suma de \$78'567.884, que fue por la suma que realmente las partes transaron la terminación del contrato de trabajo, lo cual es válido en los términos del artículo 15 del CST por no tratarse de un derecho cierto e indiscutible.

De otra parte, debe precisársele a la apoderada del actor que no se hará ningún pronunciamiento respecto a su argumento en el que indica que no se demostró que quien firmó por la empresa tuviera la calidad de representante legal o la facultad para ello, por tratarse de un hecho nuevo que no fue debatido dentro del proceso, pues su inconformidad frente al acuerdo de transacción se basó en que fue constreñido a firmar por parte de la empresa demandada.

Conforme a lo anterior, no considera la Sala atendibles los argumentos expuestos por la parte actora en su impugnación, por manera que habrá de mantenerse incólume la decisión proferida por el Juzgado sobre este aspecto. Por tanto, se pasan a estudiar la apelación frente a las pretensiones subsidiarias.

De la competencia para conocer de los despidos colectivos

En primer lugar, debe indicarse que como acertadamente lo indicó la apoderada del actor, nuestra CSJ tiene sentado, entre otras, en la sentencia SL 4831-2019 en la cual reiteró lo dicho en la sentencia SL 16805-2016, que la jurisdicción laboral tiene competencia para calificar los despidos colectivos y sus efectos ante la ausencia de decisión administrativa. Así, lo dijo la Corte:

"Nótese que el legislador le atribuyó competencia para catalogar un despido como colectivo al Ministerio de Trabajo, según lo previsto en el citado art. 67 de la Ley 50 de 1990. Sin embargo, como el despido colectivo, por el hecho de estar autorizado administrativamente, no deja de ser despido, en caso que corresponda ordenar el pago de alguna indemnización legal o convencional por la desvinculación de un número significativo de trabajadores, y se presente diferencias entre los trabajadores despedidos con el empleador, será la justicia ordinaria laboral a quien le corresponderá dirimir este conflicto jurídico y en últimas definir si se presentó o no despido masivo, ello de acuerdo con lo consagrado en los arts. 37 y 43 del Decreto 1469 de 1978 que regula también lo concerniente a despidos colectivos y que en el último de los preceptos señala «Las indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores por la violación de las disposiciones anteriores, en que incurran las empresas o empleadores, se harán efectivas por la jurisdicción del trabajo», al igual que por la

competencia dada al Juez Laboral en el numeral 1° del art. 2° del C.P.T. y S.S., modificado por el art. 2° de la Ley 712 de 2001, que dispone conocer de «Los conflictos jurídicos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo».”

Por tanto, la jurisdicción ordinaria laboral si es la competente para conocer de las controversias que surjan frente a los despidos colectivos y sus efectos ante la ausencia de una decisión administrativa.

Del despido colectivo

La figura del despido colectivo se encuentra contemplada en el artículo 67 de la Ley 50 de 1990, en la que se indica:

"ARTICULO 67. El artículo 40 del Decreto-ley 2351 de 1965 quedará así:

Protección en caso de Despidos Colectivos:

1. Cuando algún empleador considere que necesita hacer despidos colectivos de trabajadores, o terminar labores, parcial o totalmente, por causas distintas a las previstas en los artículos 5o, ordinal 1o, literal d) de esta ley y 7o del Decreto-ley 2351 de 1965, deberá solicitar autorización previa al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social explicando los motivos y acompañando las correspondientes justificaciones, si fuere el caso. Igualmente deberá comunicar en forma simultánea, por escrito, a sus trabajadores de tal solicitud.

2. Igual autorización se requerirá cuando el empleador por razones técnicas o económicas u otras independientes de su voluntad necesite suspender actividades hasta por ciento veinte (120) días. En los casos de suspensión de los contratos de trabajo por fuerza mayor o caso fortuito, el empleador debe dar inmediato aviso al inspector del trabajo del lugar o en su defecto a la primera autoridad política, a fin de que se compruebe esa circunstancia.

3. La autorización de que trata el numeral 1 de este artículo podrá concederse en los casos en que el empleador se vea afectado por hechos tales como la necesidad de adecuarse a la modernización de procesos, equipos y sistemas de trabajo que tengan por objeto incrementar la productividad o calidad de sus productos; la supresión de procesos, equipos o sistemas de trabajo y unidades de producción; o cuando éstos sean obsoletos o ineficientes, o que hayan arrojado pérdidas sistemáticas, o los coloquen en desventaja desde el punto de vista competitivo con empresas o productos similares que se comercialicen en el país o con los que deba competir en el exterior; o cuando se encuentre en una situación financiera que lo coloque en peligro de entrar en estado de cesación de pagos, o que de hecho así haya ocurrido; o por razones de carácter técnico o económico como la falta de materias primas u otras causas que se puedan asimilar en cuanto a sus efectos; y en general los que tengan como causa la consecución de objetivos similares a los mencionados.

La solicitud respectiva deberá ir acompañada de los medios de prueba de carácter financiero, contable, técnico, comercial, administrativo, según el caso, que acrediten debidamente la misma.

4. El Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no podrá calificar un despido como colectivo sino cuando el mismo afecte en un período de seis (6) meses a un número de trabajadores equivalente al treinta por ciento (30%) del total de los vinculados con contrato de trabajo al empleador, en aquellas empresas que tengan un número superior a diez (10) e inferior a cincuenta (50); al veinte por ciento (20%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cincuenta

(50) e inferior a cien (100); al quince por ciento (15%) en las que tengan un número de trabajadores superior a cien (100) e inferior a doscientos (200); al nueve por ciento (9%) en las que tengan un número de trabajadores superior a doscientos (200) e inferior a quinientos (500); al siete por ciento (7%) en las que tengan un número de trabajadores superior a quinientos e inferior a mil (1.000) y, al cinco por ciento (5%) en las empresas que tengan un total de trabajadores superior a mil (1.000).

5. No producirá ningún efecto el despido colectivo de trabajadores o la suspensión temporal de los contratos de trabajo, sin la previa autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, caso en el cual se dará aplicación al artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo.

6. Cuando un empleador o empresa obtenga autorización del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social para el cierre definitivo, total o parcial, de su empresa, o para efectuar un despido colectivo, deberá pagar a los trabajadores afectados con la medida, la indemnización legal que le habría correspondido al trabajador si el despido se hubiera producido sin justa causa legal. Si la empresa o el empleador tiene un patrimonio líquido gravable inferior a mil (1.000) salarios mínimos mensuales, el monto de la indemnización será equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la antes mencionada.

7. En las actuaciones administrativas originadas por las solicitudes de que trata este artículo, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social deberá pronunciarse en un término de dos (2) meses. El incumplimiento injustificado de este término hará incurrir al funcionario responsable en causal de mala conducta sancionable con arreglo al régimen disciplinario vigente.”

Sentado lo anterior, considera la sala que las pretensiones subsidiarias tampoco pueden salir avantes, como quiera que para declararse la existencia de un despido colectivo es necesario que se demuestren las condiciones establecidas en el numeral 4° del artículo precitado, siendo necesario acreditar no sólo los despidos, sino el número total de ellos y el porcentaje de los realizados en el lapso de 6 meses, siendo claro que en el presente caso, ni siquiera se demostró que la terminación del contrato del actor obedeciera a un despido, por el contrario quedó demostrado que fue de mutuo acuerdo elevado en un contrato de transacción.

En consecuencia, al no cumplir el actor con la carga probatoria de demostrar que la demandada había efectuado despido de sus trabajadores y el número total de ellos y el porcentaje realizado en el lapso de 6 meses, lo cual es indispensable conforme lo dejó sentado nuestra CSJ en la sentencia SL 4831-2019, no queda otro camino que confirmar la absolución impartida en primera instancia.

Se le debe indicar a la apoderada de la parte demandante, en primer lugar que, su argumento según el cual la demandada se negó a aportar algunos documentos que fueron solicitados en la demanda, no es de recibo para la Sala, como quiera que no presentó ningún reparo frente al cierre del debate probatorio, no siendo este el momento procesal oportuno para presentar su inconformidad, y en segundo lugar, que la empresa demandada no estaba en la obligación de solicitar permiso ante el Ministerio del Trabajo como quiera que no quedó demostrado que hubiese efectuado despido de sus trabajadores, máxime cuando la terminación del actor efectuó dio de mutuo acuerdo entre las partes.

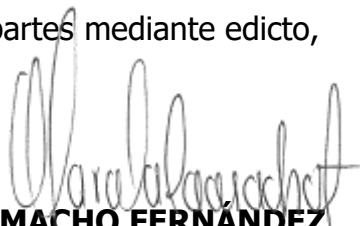
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de abril del 2019, por el Juzgado 3° 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 \$750.000 las cuales será liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CGP.

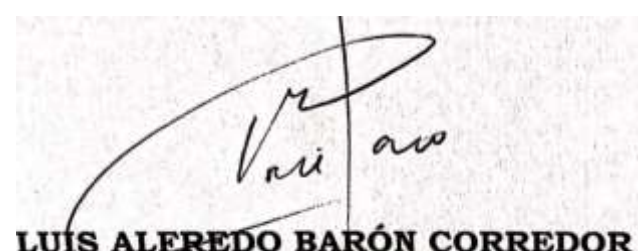
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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: CESAR AUGUSTO CASTRILLON GARAY
DEMANDADO: CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S.
RADICACIÓN: 1100131050-04-2017-00669-02
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: CONTRATO DE TRABAJO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CESAR AUGUSTO CASTRILLON GARAY instauró demanda ordinaria contra CONSULTORIA Y CONSTRUCCIONES S.A.S. con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo de duración de la obra o labor determinada desde el 15 de abril del 2015 al 17 de abril del 2015 (2 días) y que se configuró un despido indirecto. Como consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por indemnización por despido sin justa causa, cesantías, intereses a las cesantías, sanción por no pago de intereses a las cesantías, vacaciones, prima de servicios, salarios, indemnización moratoria, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.)

Como fundamentos facticos de las pretensiones señaló que fue vinculado mediante contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada para desempeñar el cargo de INGENIERO RESIDENTE desde el día 15 de abril del 2015 al 17 de abril del 2015; que fue contratado para ejecutar el contrato N° Contrato IDU 1680 de 2014 cuyo objeto se denominó "obras y actividades para la conservación de la malla vial arterial troncal y malla vial intermedia que soporta las rutas del sistema integrado de transporte SITP en la ciudad de Bogotá grupo 3"; que la duración del contrato de trabajo suscrito entre las partes era por la duración del contrato N° 1680 del 2014; que entre la demandada y el IDU se suscribió el contrato de N° 1689 (sic) del 2014 por un valor de \$5.792'995.057 el cual culminó el día 22 de mayo del 2017 fecha en la cual se firmó el acto de recibo final de la obra; que el salario pactado entre las partes fue de \$2'500.000; que la empresa demandada no suministró los elementos de seguridad

industrial correspondiente para que el actor pudiera realizar las funciones para las cuales fue contratado; que por tratarse de una obra civil a la interperie y la labor que éste desempeñaba se requería de los elementos de protección laboral tales como casco, botas de seguridad punta de acero, botas pantaneras, chaqueta impermeable y reflectiva, gafas de protección, protector auditivo, protector respiratorio, tal y como lo establece la Ley 9 de 1979, el art. 58 CST, la Ley 1562 del 2012, la Ley 776 del 2002 y sus demás normas reglamentarias.

Sostiene que, como consecuencia de lo anterior, el 17 de abril del 2015 presentó renuncia indirecta y que a la fecha no se le han cancelado las acreencias laborales que reclama en la demanda.

2. Contestación de la demanda. A pesar de haber sido notificada la demandada mediante conducta de concluyente en auto del 4 de octubre del 2018 (fol. 100 y s.s.), la empresa demandada no contestó la demanda, por lo que la falladora de primera instancia tuvo por no contestada la demanda mediante auto del 8 de noviembre del 2018, señalando como consecuencia que se tendrá la no contestación de la demanda como indicio grave en contra de la accionada. (fol. 101 y s.s.)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 3 de julio del 2019, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (CD fol. 172)

Su decisión se basó en que no se logró probar ni siquiera la prestación personal del servicio, pero que si en gracia de discusión se tuviera en cuenta el contrato de trabajo allegado por el actor y se establece que entre las partes existió un contrato de trabajo, lo cierto es que en él se estipuló un período de prueba de 2 meses; por lo que al haberse dado por terminado el contrato de trabajo en período de prueba no hay lugar a pagar ninguna acreencia laboral.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que la relación laboral está demostrada con el contrato de trabajo, el certificado de aportes a seguridad social y la carta de renuncia. Señala que es importante resaltar que las labores que debía desarrollar mi representado eran de alto riesgo nivel 5 a la intemperie sin que el demandado hubiere acreditado el cumplimiento de dicha carga lo que motivó la renuncia del demandante, ante la renuencia del empleador de cumplir con dicha obligación.

Que el empleador al finalizar la relación laboral omitió el pago de salarios y prestaciones sociales causados en vigencia de la relación laboral, obligación que no satisface hasta la fecha, sin que hubiera acreditado por ningún medio que su actuación está revestida de buena fe, para así exonerarse del pago de la sanción moratoria por el incumplimiento al pago de los salarios y la liquidación final de las prestaciones sociales.

Que se debe tener en cuenta la actuación del demandado, que no dio contestación a la demanda, y que no presentó ningún elemento probatorio con el cual pudiera discutir los hechos alegados por el demandante.

Que teniendo en cuenta que el suministro de los elementos de protección era una obligación a cargo del empleador y que nos encontramos frente a una negación indefinida pues el demandante afirma en la demandante que no se le suministraron,

se invierte la prueba y le corresponde al empleador demostrar que si brindó dichos elementos.

Que la demandada omitió dar contestación a la demanda, pese haber sido notificada en legal forma, situación que a la luz de lo previsto el artículo 31 del Código Procesal Laboral, debe ser tenida en cuenta como indicio grave en su contra.

Indica que entre las partes existió un contrato de trabajo por duración de obra o labor determinada regulado por el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo y que el demandante fue contratado por el termino de ejecución del contrato N° 1680 del 2014.

En cuanto a la terminación del contrato señala que tal cómo se invocó en la demanda deviene en injusta, toda vez que el demandante tuvo que renunciar por el incumplimiento en las obligaciones que le competen al trabajador, en este caso la contemplada en el numeral segundo del artículo 57 del CST, procurar a los trabajadores locales apropiados y elementos adecuados de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en la forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud.

Afirma que quedó demostrado que el empleador pretendía que el trabajador ingresara a la obra pese a los riesgos que estaba expuestos sin los elementos de protección, argumentando que en el momento no los tenía.

Finalmente, manifiesta que se invoca en la sentencia de primera instancia que el demandante terminó la relación laboral en el periodo de prueba, pero que esa invocación no exonera al empleador de la responsabilidad de pagar sus acreencias laborales. Que el contrato de trabajo se dio por terminado el 17 abril del 2015 y a la fecha el empleador Consultoría & Construcción SAS no le ha cancelado las obligaciones laborales, es decir adeuda absolutamente todo, salarios y prestaciones; razón por la cual debe cancelar la sanción establecida en el artículo 65 del CST, dejando en claro que el actuar del empleador ha sido de mala fe, que ni si quiera contestó la demanda, que se ha sustraído de pagar todos los derechos laborales que le asistieron al trabajador desde el día en que se dio su vinculación y hasta el día de la terminación del vínculo sin que exista argumento alguno que justifique dicha omisión y tardanza.

5. Alegatos Decreto 806 del 2020.

5.1. Alegatos demandante. Solicita se REVOQUE el fallo de primera instancia y, en su lugar se declare la existencia de la relación laboral que existió entre el señor CESAR AUGUSTO CASTRILLÓN GARAY y, la sociedad CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S., desde el día 15 de abril de 2015, al 17 de abril del 2015, regido mediante un contrato de obra o labor, para ejecutar el contrato IDU 1680 de 2014, cuyo objeto se denominó "obras y actividades para la conservación de la malla vial arterial troncal y malla vial intermedia que soporta las tutas del sistema integrado de transporte SITP en la ciudad de Bogotá D.C., grupo 3". Así mismo, que se declare que la terminación unilateral del contrato de trabajo que existió entre el demandante y CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S., fue por causas imputables a la empleadora (despido indirecto), al incumplir con sus obligaciones, ya que no entregó las dotaciones y elementos de seguridad y protección para el trabajo.

5.2. Alegatos demandada. Señaló que la prestación personal del servicio por parte del trabajador, junto con las fechas en las cuales se inició y/o terminó la relación contractual, son elementos que dan vida a la presunción en favor de este. Sin embargo,

en el asunto de referencia la parte actora no logró probar dicha presunción pues, por el contrario, lo que se puede vislumbrar es su mala fe toda vez que el contrato tiene como fecha de inicio el 16 de abril de 2015 y la carta de "renuncia irrevocable" se presentó el 17 de abril del mismo año, es decir, el día siguiente al del inicio del contrato, por lo que con la brevedad del tiempo transcurrido entre el inicio del contrato y la renuncia no logra acreditarse este requisito. Frente a el segundo elemento de la relación laboral, no queda demostrada dentro de proceso la subordinación dado que al no configurarse la efectiva prestación del servicio no es posible hablar de esta, razón por la cual se desvirtúa el elemento.

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 centra la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo entre las partes?; en caso positivo, (ii) ¿Acertó la falladora de primera instancia al señalar que al encontrarse el contrato en período de prueba no había lugar a pagar ninguna acreencia laboral? y (iii) ¿El contrato de trabajo finalizó por una causa imputable al empleador y por tanto, se configura el despido indirecto?

Existencia de contrato de trabajo

Para resolver el problema jurídico encaminado a establecer si entre las partes existió una relación de trabajo, debe precisar la Sala que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, entre la que se encuentra la sentencia SL9801-2015, ha sido insistente en destacar que la característica principal que diferencia el contrato de trabajo con otros de disímil naturaleza jurídica, es la condición subordinante a la cual se encuentra expuesta la persona que presta su fuerza de trabajo a cambio de una contraprestación, entendiendo que los demás elementos normal o regularmente concurren en cualquier contrato, bien sea de naturaleza laboral, civil, comercial e incluso del sector solidario.

El artículo 23 del C.S. del T, indica que para que exista contrato de trabajo se requiere la concurrencia de los tres elementos del contrato, estos son la prestación personal del servicio, la subordinación y el salario.

Por su parte, el artículo 24 del C.S. del T. subrogado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990, establece que *"Se presume que toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo"*

Frente a lo cual, la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL 1657-2019, dejó sentado que la demostración de la prestación personal del servicio por parte del demandante desencadena la consecuencia jurídica contemplada en el artículo 24 del CST, esto es, la de presumirse la subordinación jurídica propia del contrato de trabajo, y en consecuencia, se deben examinar las pruebas para determinar si ellas

tienen la capacidad de desvirtuar la presunción legal, demostrando que el trabajo lo ejecutó el promotor de la litis de forma independiente, es decir, sin estar sujeto al cumplimiento de órdenes en cuanto al modo, tiempo, lugar y cantidad de trabajo, o sometido a reglamentos.

Caso concreto

Para establecer si se logró demostrar la existencia de una relación laboral en el presente caso, lo primero que se debe dejar sentado por parte de la Sala, es que la empresa demandada CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S. fue notificada en debida forma como se desprende del auto proferido por la falladora de primera instancia el 4 de octubre del 2018, que da cuenta de la notificación por conducta concluyente (fol. 100 y s.s.); sin embargo, la pasiva no contestó el libelo dentro del término legal, por lo que mediante auto del 8 de noviembre del 2018 se le tuvo por no contestada la demanda, advirtiéndose como consecuencia el **indicio grave en su contra**. (fol. 101 y s.s.)

Lo anterior, encuentra sustento en el párrafo 2º del art. 31 del C. P. del T. y de la S.S. el cual establece de manera expresa que *"La falta de contestación de la demanda dentro del término legal se tendrá como indicio grave en contra del demandado"*.

El artículo 51 ibidem establece que son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la ley, para lo cual debemos remitirnos por disposición expresa del art. 145 ibidem al art. 165 del C.G. del P. el cual dispone que *"son medios de prueba la declaración de parte, la confesión, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los documentos, los indicios, los informes y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez"*.

Conforme a lo anterior, teniendo en cuenta que se estableció que la no contestación de la demanda generaba un indicio grave en contra del demandado, se tiene que a partir del hecho probado sobre el conocimiento de la accionada respecto a la demanda formulada en su contra por parte del señor CESAR AUGUSTO CASTRILLON GARAY, acreditado con la notificación por conducta concluyente, se infiere el hecho desconocido de la existencia de relación laboral entre los contendientes planteada en el libelo incoatorio, hecho éste que la pasiva decidió no controvertir.

A lo anterior se suma otro indicio contingente, derivado de la afiliación a seguridad social del actor por parte de CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S., conforme se acreditó con el formulario único de afiliación e inscripción a la EPS SANITAS, obrante a folio 25, el cual cuenta con sello de la empresa accionada, registrándose como fecha de ingreso del trabajador el 16 de abril de 2015, y la certificación de la EPS SANITAS que da cuenta de la afiliación de actor desde el 17 de abril del 2015, conforme se vislumbra a folio 24. A partir de este hecho conocido por encontrarse probado, podemos inferir el hecho desconocido que no es otro que la existencia de una relación laboral entre las partes, en la que la demandada en calidad de empleadora cumplió con su obligación legal de afiliar al señor CASTRILLO GARAY al sistema de seguridad social integral.

Y como si lo anterior fuera poco, el demandante aportó entre sus pruebas documentales el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 15 de abril de 2015 (fol. 14 y s.s.), celebrado por obra o labor contratada, en el que se especifica como objeto de la obra el desarrollo del contrato IDU N° 1680 del 2014 y como fecha de inicio de

labores el día 16 de abril de 2015; legajo que no fue desconocido, ni objeto de tacha de falsedad por la demandada y que constituye un hecho conocido que conduce a inferir la existencia del hecho desconocido consistente en la configuración de una relación laboral entre los ahora litigantes.

Así entonces, aunque la afiliación al sistema de seguridad social no implica necesariamente la existencia de una relación laboral (CSJ SL 16528/16) y la sola presencia de un documento bajo el título de contrato de trabajo no implica necesariamente su ejecución o nacimiento a la vida jurídica, lo cierto es que los tres indicios reseñados resultan concordantes, convergentes y graves, que **valorados en conjunto** conducen a obtener certeza sobre la existencia del hecho desconocido que se pretende establecer, esto es, la existencia de una relación laboral entre las partes en Litis que se repite, no fue controvertida por la pasiva en el decurso procesal, debiéndose declarar que entre el señor CESAR AUGUSTO CASTRILLON GARAY y la empresa CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIONES S.A.S., existió un contrato de trabajo celebrado para la ejecución de una obra.

Extremos de la relación laboral

El extremo inicial de la relación laboral se establece para el **16 de abril del 2015**, conforme se estipuló en el contrato de trabajo escrito celebrado por las partes el cual fue allegado por el demandante con el escrito de demanda (fol. 14 y s.s.) y como extremo final se toma el **17 de abril del 2015** como quiera que ese día renunció el actor conforme aparece en su carta de renuncia (fol. 17) la cual cuenta con sello de recibido de la empresa demandada y no fue ni desconocida, ni tachada de falsa por el empleador.

Período de prueba

El artículo 76 del CST define el período de prueba como la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del patrono, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones de trabajo.

El artículo 77 ibídem establece que el período de prueba debe ser estipulado por escrito y el art. 78 del mismo estatuto subrogado por el art. 7º de la Ley 50 de 1990 señala que el período de prueba no puede exceder de 2 meses o de la quinta parte de la duración del contrato, en caso de que éste sea a término fijo inferior a un año.

Asimismo, el art. 80 del CST modificado por el art. 3º del decreto 617 de 1954 establece que los trabajadores en período de prueba gozan de todas las prestaciones.

En cuanto a este tema nuestra Corte Constitucional ha tenido la oportunidad de referirse entre otras en la sentencia T 978 del 2004 en la que señaló:

"La doctrina ha definido al periodo de prueba como una garantía correlativa al interior de la relación laboral. Para el empleador, en la medida en que le permite la libre resolución contractual en caso que el trabajador no le satisfaga, y para el empleado, pues le permite desistir del contrato en caso tal que no considere conveniente proseguir con la prestación del servicio. Como puede inferirse, la estipulación del periodo de prueba constituye una excepción al principio

constitucional de la estabilidad en el empleo, habida cuenta que permite la terminación unilateral de la relación laboral sin que haya necesidad de comprobar la existencia de las condiciones que de conformidad con la ley constituyen justas causas para resolver el contrato de trabajo.

(...)

En concreto, esta interpretación parte de considerar que la terminación unilateral del contrato en el periodo de prueba no requiere motivación y, por tanto, es de naturaleza potestativa de las partes dentro de la relación laboral. Sin embargo, la posibilidad resolutoria propia del periodo de prueba, si bien posee un espectro amplio, carece de un alcance tal que faculte al empleador para desconocer los derechos fundamentales del trabajador, en especial, para que fundamente el despido en un criterio discriminatorio inaceptable desde la perspectiva constitucional. Por ende, la terminación unilateral del contrato de trabajo durante la vigencia del periodo de prueba por parte del empleador, si bien es una facultad discrecional, no puede ser entendida como una licencia para la arbitrariedad, sino que, en contrario, debe fundarse, de acuerdo con las normas legales que regulan la materia, en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada.

(...)

Vistas las anteriores consideraciones, la Corte concluye que el periodo de prueba, de conformidad con lo estipulado en el Código Sustantivo del Trabajo, permite la terminación del contrato de trabajo sin motivación expresa. Con todo, esta facultad no puede extenderse al punto de afectar los derechos fundamentales del trabajador, en especial, en lo relativo a la prohibición de la discriminación injustificada en el empleo. Por ello, la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador durante la vigencia del periodo de prueba debe estar fundada, a fin de evitar decisiones arbitrarias contrarias a los postulados de la Carta Política, con la comprobación objetiva de la falta de las competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador.”

Así las cosas, se tiene que la terminación del contrato durante la vigencia del período de prueba es una facultad discrecional la cual debe basarse en la comprobación cierta de la falta de aptitudes suficientes por parte del trabajador para el desempeño de la labor encomendada y frente al trabajador le permite desistir del contrato en caso de no encontrar conveniente continuar con el contrato de trabajo.

En el sub examine, la falladora de primera instancia señaló que al haber renunciado el actor estando dentro del período de prueba de dos meses que se estableció de manera expresa en el contrato de trabajo, no tenía derecho a que se le pagara ninguna de las acreencias laborales solicitadas en la demanda, consideración que no comparte la Sala, pues independientemente de que el actor haya renunciado durante el período de prueba, lo cierto es, que desempeño una actividad que debe ser remunerada y que goza de todas las prestaciones, por haberse así estipulado en el art. 80 del CST, razón por la cual se revocará la decisión proferida en primera instancia.

Prescripción de acreencias laborales

Sea lo primero recordar, que no hay lugar a estudiar si las acreencias laborales reclamadas se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, pues la demanda

se tuvo por no contestada y la excepción de prescripción no puede ser estudiada de oficio en los términos del art. 282 del C.G. del P.

Por consiguiente, se procede a liquidar las acreencias laborales reclamadas frente a las cuales no existe ninguna prueba de que hayan sido canceladas al actor, de la siguiente manera:

Salarios

Teniendo en cuenta que el actor alcanzó a laborar dos días, frente a los cuales el empleador no demostró haberle pagado el salario, se condenará a la empresa demandada a pagar por dicho concepto la suma de **\$166.666,66.**, cálculo para el cual se tuvo en cuenta como salario mensual la suma de \$2.500.000 por haberse estipulado así en el contrato de trabajo.

Auxilio de Cesantías

Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores, y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año. (Art. 249 CST)

Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuere menor de un año. (Art. 253 CST)

El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantías, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido o que se reúnen los presupuestos contenidos en el art. 2º de la Ley 15 de 1959, esto es, devengar hasta 2 SMLMV, sin residir en el mismo lugar de trabajo, que el traslado no le implique un mayor costo o esfuerzo y que no le sea suministrado de manera gratuita por su empleador, supuestos que ni siquiera se enunciaron en la presente Litis y en consecuencia, no fueron debatidos judicialmente.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada le adeuda al actor la suma de **\$13.888,89** por concepto de auxilio de cesantías entre el 16 y el 17 de abril del 2015.

Auxilio de Cesantías					
Auxilio de Cesantías	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Días laborados	Valor cesantías
2015	\$ 2.500.000,00	\$ 0,00	\$ 2.500.000,00	2	\$ 13.888,89
Total Auxilio de cesantías					\$ 13.888,89

Intereses a las cesantías y sanción por no pago de los intereses a las cesantías

Todo empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975, en la que se estipuló que:

"A partir del primero de enero de 1975 todo patrono obligado a pagar cesantía a sus trabajadores conforme al Capítulo VII Título VIII, Parte 1º. del Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones concordantes, les reconocerá y pagará intereses del 12% anual sobre los saldos que, en 31 de diciembre de cada año, o en las fechas de retiro del trabajador o de liquidación parcial de cesantía, tenga este a su favor por concepto de cesantía.

2º. Los intereses de que trata el inciso anterior deberán pagarse en el mes de enero del año siguiente a aquel en que se causaron; o en la fecha del retiro del trabajador o dentro del mes siguiente a la liquidación parcial de cesantía, cuando se produjere antes del 31 de diciembre del respectivo período anual, en cuantía proporcional al lapso transcurrido del año.

3º. Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.

4º. Salvo en los casos expresamente señalados en la ley, los intereses a las cesantías regulados aquí estarán exentos de toda clase de impuestos y serán irrenunciables e inembargable

Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías, tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior.

El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que la demandada adeuda la suma de **\$9.26** por intereses a las cesantías durante toda la relación laboral y la suma de **\$9.26** a título de sanción por no pago de intereses a las cesantías.

Intereses a las cesantías			
Intereses a las cesantías causados	Días laborados	Valor cesantías	Valor intereses a las cesantías
cesantías 2015	2	\$ 13.888,89	\$ 9,26
Total Intereses a las cesantías			\$ 9,26

Prima de servicios

El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado. (Art. 306 CST)

El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, con la advertencia que se efectuó en el acápite de cesantías.

Una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda la suma de **\$13.888,89** por concepto de prima de servicios durante la relación laboral.

Prima de servicios				
Prima causada	Salario	Auxilio de transporte	Tota (salario + auxilio de transporte)	Valor prima
2015	\$ 2.500.000,00	\$ 0,00	\$ 2.500.000,00	\$ 13.888,89
Total Prima de servicio				\$ 13.888,89

Compensación de Vacaciones

Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado.

De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario señalar que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Como quiera que, en el presente caso no fueron disfrutadas las vacaciones, una vez realizadas las operaciones aritméticas encuentra la Sala que se adeuda al demandante la suma de **\$6.944,44** por su compensación en dinero.

Vacaciones -inició el contrato el 16 de abril del 2015-				
Tiempo laborado tenido en cuenta	Vacaciones causación	Salario	Días laborados	Valor prima
16-17 abril del 2015	terminación contrato	\$ 2.500.000,00	2	\$ 6.944,44
Total Vacaciones				\$ 6.944,44

Indemnización por despido sin justa causa (despido indirecto)

El artículo 61 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 6º del Decreto 2351 de 1965 y subrogado por el 5º de la Ley 50 de 1990 consagró en su literal h) que una forma de terminación del contrato de trabajo sería la «*decisión unilateral*» tanto del trabajador como del empleador.

En cuanto al Despido indirecto o renuncia motivada nuestra CSJ ha señalado entre otras en la sentencia SL 4886-2020 que se da en los casos en que el trabajador se ve obligado a finalizar unilateralmente el vínculo, aun sin desearlo, viéndose compelido a ello por haber incurrido el empleador en alguna de las justas causas previstas en el literal B) del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el 7º del Decreto 2351 de 1965. Señalando además que:

"...si es el empleador quien toma la determinación de finalizar el contrato de trabajo de forma unilateral, podrá hacerlo, atendiendo alguna de las justas causas para ello imputables al trabajador en los términos del literal A) del último artículo citado, o sin justa causa si, precisamente, carece de aquella motivación, asumiendo las consecuencias pecuniarias previstas en el artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, cuando la decisión del trabajador corresponde a una renuncia motivada, aquel estará en la obligación de demostrar los hechos en los que se funda y que imputa al empleador, caso en el cual, de lograrlo, la consecuencia no será otra sino desatar los efectos económicos que están previstos para el despido injusto a cargo del empleador en los términos del citado artículo 64 del Código Sustantivo del Trabajo o aquellos pactados extralegalmente por las partes.

*Precisamente, sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del trabajador, con justa causa, o lo que es lo mismo, el «despido indirecto», la Sala ha tenido la oportunidad de pronunciarse en el sentido de señalar que se configura cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal B) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el 62 del Código Sustantivo del Trabajo y, aunque, en principio se ha señalado que al trabajador le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso también **le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al empleador.***

Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que le corresponde el deber de probarlos; situación muy diferente acontece cuando es el empleador quien rompe el vínculo contractual en forma unilateral invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y el empresario las razones o motivos por él señalados (CSJ SL16561-2017, CSJ SL12499-2017, CSJ SL15927-2017, CSJ SL16281-2017, CSJ SL16373-2017, CSJ SL14877-2016, CSJ SL14877-2016, CSJ SL, 22 abril 1993 radicado 5272, reiterada en sentencia CSJ SL, 9 agosto 2011, radicado 41490 y CSJ SL18344-2016)."

En el presente caso se allegó a folio 17 la renuncia presentada por el actor a la empresa demandada, documento que no fue desconocido, ni objeto de tacha de falsedad por el empleador y en el cual se señaló lo siguiente:

"Me permito informar con la presente, mi renuncia irrevocable al cargo de Ingeniero Residente a partir de la fecha, por los siguientes motivos:

1. *La empresa no me suministró la dotación respectiva y correspondiente al cargo a desempeñar.*
2. *Así mismo tampoco me suministró los elementos de protección personal y en especial los adecuados para trabajar a la interperie y en época de lluvias.*
3. *De igual forma se me obligó a firmar carta de renuncia sin fecha y un documento autorizando descuentos, hechos que violan la normatividad vigente."*

En este punto, debemos recordar que entre las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del trabajador de conformidad a lo establecido en el art. 62 CST subrogado por el artículo 7° del decreto 2351 de 1965, se encuentran las siguientes:

- "4. *Todas las circunstancias que el trabajador no pueda prever al celebrar el contrato y que pongan en peligro su seguridad o su salud, y que el patrono no se allane a modificar.*
8. *Cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones que incumben al patrono, de acuerdo con los artículos 57 y 59 del Código Sustantivo del Trabajo, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos..."*

Por su parte el numeral 2° del art. 57 del CST establece entre las obligaciones especiales del patrono:

- "2. *Procurar a los trabajadores, locales apropiados y elementos adecuados, de protección contra los accidentes y enfermedades profesionales en forma que se garanticen razonablemente la seguridad y la salud."*

Conforme a lo anterior, las razones invocadas por el actor en su carta de renuncia constituyen justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, pues allí aludió específicamente que su empleadora no le había suministrado la dotación de trabajo ni los elementos de protección para la ejecución de la labor contratada.

Ahora si bien es cierto, la jurisprudencia ha indicado que en casos de despido indirecto la carga probatoria de demostrar la causal invocada corresponde al trabajador, lo cierto es que en este caso la afirmación del actor constituye una negación indefinida, por tanto, no requiere prueba a la luz del art. 167 del CGP aplicable en materia laboral por la remisión expresa del art. 145 del CPT y de la SS, trasladándose la carga probatoria a la accionada a quien le correspondía probar que había suministrado a su trabajador tanto la dotación como los elementos de protección que debía utilizar en su calidad de ingeniero residente de la obra civil para la cual fue contratado.

Adicionalmente, no puede dejarse de lado que sobre la accionada recae un indicio grave en su contra por no haber contestado la demanda, dentro de la cual se expuso como hecho el no suministro de la dotación y los elementos de protección que conllevaron al finiquito por parte del trabajador, afirmación que no fue controvertida por la empresa empleadora.

De acuerdo a lo expuesto, resulta procedente impartir condena por concepto de indemnización por despido indirecto.

En este punto es necesario precisar que no es posible exonerar a la demandada de la indemnización por despido sin justa causa, bajo el argumento de que el actor se

encontraba en período de prueba, ya que la finalización del contrato laboral no obedeció a la comprobación objetiva de la falta de competencias mínimas para el ejercicio de la labor por parte del trabajador sino al incumplimiento por parte de la demandada en la entrega de dotación y los elementos de protección para el desempeño seguro de la labor para la que fue contratado.

Para determinar el valor de la indemnización por despido indirecto debemos remitirnos al inciso tercero del art. 64 del CST modificado por el art. 28 de la Ley 789 del 2002, el cual establece que la indemnización corresponde al valor de los salarios por la duración de la obra o labor contratada.

En tales condiciones y atendiendo que conforme lo certificó el director Técnico de Mantenimiento del IDU la ejecución del contrato de obra N° 1680 del 2014, para el cual fue contratado el actor finalizó el 16 de febrero del 2016, es claro que se debe condenar a la demandada a pagar la suma de \$24'916.666,66, por dicho concepto, teniendo en cuenta que hacían falta 298 días para la terminación de la obra o la labor contratada.

Indemnización moratoria

Respecto a esta pretensión cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con las indemnizaciones en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, máxime porque a pesar de haberse notificado en debida forma, la empresa demandada no contestó la demanda.

Así las cosas, no encuentra la Sala ninguna prueba que permita evidenciar la buena fe de la demandada y, por ende, exonerarla del pago de la indemnización moratoria.

Cuantificación indemnización moratoria

En cuanto a la indemnización moratoria, como quiera que el contrato de trabajo finalizó el 17 de abril del 2015 y la demanda se presentó el 9 de octubre del 2017 (fol. 30), es decir, que **no** se presentó dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, la demandante tiene derecho a que se le reconozca a título de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta el mes 24, lo cual arroja la suma de **\$60'000.000** (teniendo como salario diario la suma de \$83.333,33) y a partir del mes 25, deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera hasta que se efectúe el pago total de la obligación. Los intereses serán aplicados sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

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 3 de julio del 2019, por el Juzgado 4º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor contratada entre el señor CESAR AUGUSTO CASTRILLON GARAY y la empresa CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS, el cual se ejecutó durante los días 16 y 17 de abril del 2015, cuyo salario pactado fue de \$2'500.000 mensuales.

SEGUNDO: CONDENAR a la empresa CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS a pagar las siguientes sumas de dinero:

• Salarios	\$166.666,66
• Cesantías	\$13.888,89
• Intereses a las cesantías	\$9.26
• Sanción por no pago de intereses a las cesantías	\$9.26
• Compensación de vacaciones	\$6.944,44
• Prima de servicios	\$13.888,89
• Indemnización por despido indirecto	\$24'916.666,66

TERCERO: CONDENAR a la empresa CONSULTORÍA Y CONSTRUCCIÓN SAS a pagar por concepto de indemnización moratoria un día de salario por cada día de mora hasta el mes 24, lo cual arroja la suma de **\$60'000.000** y a partir del mes 25, deberá cancelar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia financiera hasta que se efectúe el pago total de la obligación. Los intereses serán aplicados sobre los salarios y prestaciones sociales adeudadas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de la parte demandada.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *GLORIA INÉS GARZÓN CORTES*
DEMANDADO: *COLPENSIONES, AFP PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *1100131050-21-2019-00413-01*
ASUNTO: *APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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. SIMÓN ENRIQUE ANGARITA VILLAMIZAR, 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. Gloria Inés Garzón Cortés instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE la nulidad del traslado que efectuó al RAIS (AFP PORVENIR). Como consecuencia, se establezca que continúa afiliada al RPMPD administrado por Colpensiones y se ordene a la AFP PORVENIR devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, así como los rendimientos que se hubiesen causado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (fol. 1 y s.s. y 121 y s.s. subsanación).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 7 de febrero de 1961; que efectuó cotizaciones a CAJANAL en los siguientes períodos: (i) entre el 24 de febrero de 1992 al 31 de diciembre de 1992; (ii) 23 de febrero de 1993 al 31 de diciembre de 1993 y (iii) del 1° de enero de 1994 al 10 de julio de 1994, en calidad de empleada pública de la Rama Judicial; que se vinculó a la Fiscalía General de la Nación desde el 15 de julio de 1994; que la demandante cotizó a la AFP PORVENIR

1232 semanas; que conforme al informe de la AFP PORVENIR cuenta con un capital acumulado de \$213'652.012; que efectuado la correspondiente liquidación en el RAIS tendría derecho a una mesada pensional por la suma de un salario mínimo legal vigente, mientras que en el RPMPD tendría derecho a una mesada pensional por la suma de \$2'499.792; que se trasladó al RAIS a la AFP PORVENIR desde el 1° de noviembre de 1994 donde actualmente se encuentra afiliada; que al momento de realizar el traslado no recibió asesoría por parte de la AFP PORVENIR en la que se le informara con precisión y claridad las consecuencias del cambio de régimen; que lo que dijeron es que a diferencia del RPMPD se pensionaría antes de los 60 años y que su pensión sería más elevada; que se solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 142), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por falta de información. Que lo que se evidencia es que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimiento o presiones. Propuso como excepciones de fondo las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (fol. 165 y s.s.)

4. Contestación de la AFP PORVENIR S.A. Presentó contestación de la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que la demandante no allegó prueba siquiera sumario de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Indica que la demandante pretende que se le imponga una carga que no estaba vigente al momento del traslado. Que tampoco puede pasarse por alto la ratificación de la demandante al realizar un traslado horizontal. Que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no existía disposición alguna en relación con la naturaleza de la información que debían otorgar las administradoras al momento de los traslados de régimen. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 186)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de octubre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP PORVENIR a trasladar la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales, incluyendo los rendimientos y los dineros destinados a la pensión mínima y los gastos de administración, los cuales deberá asumir de sus propios recursos. Condenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante y actualizar su historia laboral. Declaró no probada la excepción de prescripción.

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 haber brindado la información necesaria a la demandante.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP PORVENIR S.A. Impugnó la decisión señalando que si bien es cierto para la fecha del traslado si existía el deber de información, lo cierto es que dicho deber no tenía el alcance establecido después del año 2010. Que dicha entidad si le brindó a la demandante la información que se exigía para ese momento. Que el traslado de régimen no le generó ningún perjuicio. Que al no existir un derecho consolidado no es dable que se acceda a las pretensiones, pues no basta con que la demandante no esté de acuerdo con el monto de la pensión. Que al no ser procedente declarar la nulidad del traslado, no es dable devolver a COLPENSIONES los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Indica que los gastos de administración ya cumplieron con la finalidad que tenían que era generar rendimientos y que las comisiones de los seguros ya cubrieron el riesgo para invalidez y sobrevivencia. Que conforme al concepto de la Superintendencia Financiera no hay lugar a devolver los gastos de administración y comisiones. Que no se encuentra probado ningún vicio del consentimiento.

6.2. Apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que la demandante al momento del traslado no tenía un derecho consolidado sino una mera expectativa. Que con la ineficacia del traslado se desfinancia el sistema. Solicita no se le condene en costas pues el recurso no fue interpuesto de manera caprichosa. Que en caso de confirmarse la sentencia se le autorice interponer las acciones legales contra la AFP PRIVADA por daños y perjuicios. Finalmente, que no es procedente declarar la ineficacia del traslado como quiera que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos Colpensiones. Indica que si bien es cierto conoce la actual postura de la CSJ, debe tenerse en cuenta que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal de trasladarse cuando le falten menos de 10 años la cual contempla la Ley 797 del 2003; que no se acreditaron vicios del consentimiento y que de salir avantes las pretensiones se descapitalizaría el sistema.

7.2. Alegatos AFP PORVENIR. Señaló que el juzgador de primera instancia realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto de desanimar al demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, de lo cual podría concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad. Toda vez que, la finalidad del Sistema de Seguridad Social en Pensiones es cubrir los riesgos de vejez, invalidez y muerte, para lo cual puso a competir a dos alternativas que, a pesar de ser excluyentes, tiene beneficios que son equiparables.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

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

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que la señora Gloria Inés Garzón Cortés cotizó al ISS desde 2 de octubre de 1980 al 31 de enero de 1989, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 35); que posteriormente, realizó aportes a través de CAJANAL del 24 de febrero de 1992 al 10 de julio de 1994 tal y como aparece en el certificado de información laboral para bonos pensionales (fol. 38) y que se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR el día 3 de agosto de 1994, como aparece en formulario de afiliación (fl. 257) y que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR el 25 de marzo de 1998, tal y como se desprende formulario de afiliación. (fl. 258)

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

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

Respecto del tema relacionado con demostrar la calidad de beneficiaria del **régimen de transición** o tener una expectativa legítima como presupuesto para que sea procedente la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional o demostrar haber sufrido algún perjuicio, 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 accionante, las condiciones en que se le otorgó el traslado, si le brindó la información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales.

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

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en 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)

Finalmente, es necesario precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, y que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Respecto del problema jurídico que gira en torno a si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del 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 del actor al RAIS, en principio su vinculación con CAJANAL, administradora a la cual se encontraba afiliado al momento del traslado de régimen, quedaría incólume. No obstante, como quiera que el proceso de liquidación de Cajanal finalizó el 12 de junio del 2013, mediante Resolución 4911 del 11 de julio del 2013, publicada en el Diario Oficial 48.828 del 28 de junio de la misma anualidad, es claro que existe una imposibilidad jurídica para ordenar el retorno de los aportes efectuados por el actor a dicha entidad.

Conforme a lo anterior, y 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, sentado lo anterior es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación del actor al RAIS nace la necesidad de trasladar por parte de la AFP PORVENIR S.A. los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones.

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, pues resulta claro que la consecuencia de la ineficacia es el regreso automático del 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.

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

Excepción de prescripción

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

Finalmente, se le debe indicar a COLPENSIONES que no necesita ninguna autorización para iniciar las acciones legales que considere pertinentes, las cuales son totalmente independientes del presente proceso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de octubre del 2020, por el Juzgado 21 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 FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: LUÍS HERNANDO GAMBA PEÑA
DEMANDADO: COLPENSIONES, AFP COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 1100131050-28-2018-00622-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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

Se reconoce personería para actuar al Dr. FRANCISCO JOSÉ MOLANO ACHURY como apoderado sustituto de la AFP COLFONDOS, 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. Luís Hernando Gamba Peña instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y la AFP COLFONDOS con el fin de que declare la nulidad del traslado al RAIS debido a la inadecuada asesoría e inducción en error al actor. Como consecuencia, solicita se condene a la AFP COLFONDOS a entregar a COLPENSIONES los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros, intereses, bonos pensionales, comisiones, gastos de administración y servicios financieros. Adicionalmente, se ordene a COLPENSIONES recibir las sumas por parte de la AFP privada y finalmente pide se condene en costas a las demandadas. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 11 de agosto de 1956; que se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy Colpensiones el 1° de agosto de 1989; que realizó cotizaciones al RPMPD hasta el 1° de marzo de 1998 acumulando un total de 913 semanas; que se trasladó a partir del 1° de marzo de 1998 al RAIS administrado por la AFP COLFONDOS; que la AFP COLFONDOS no le informó sobre las consecuencias de su traslado, ni le brindó la información necesaria; que el demandante presentó reclamación ante las demandadas, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 55), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la inconformidad del actor no es un vicio del consentimiento sino la diferencia en el valor de las mesadas en ambos regímenes pensionales. Propuso como excepciones de mérito las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (fol. 59 y s.s.)

4. Contestación de la AFP COLFONDOS S.A. Presentó contestación de la demanda señalando que no presenta oposición a las pretensiones, por lo que se allana a las pretensiones del escrito de la demanda, reconociendo los hechos allí expuestos. No propuso excepciones. (fol. 186)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre del 2020, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y como consecuencia condenó a la AFP COLFONDOS a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos su frutos e intereses sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia. Condenó a COLPENSIONES activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y actualizar su historia laboral.

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 haber brindado la información necesaria a la demandante.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que lo que aquí se debe aplicar es la ineficacia y no la nulidad del traslado. Que ya pasaron muchos años y que no es posible que el acto ineficaz haya perdurado en el tiempo y que sólo hasta ahora el demandante se da cuenta de la ineficacia. Que operó la ratificación de la nulidad.

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos demandante. Indica que la carga probatoria en estos procesos recae en la AFP PRIVADA quien no cumplió con su obligación.

7.2. Alegatos Colpensiones. No es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el demandante el señor **LUIS HERNANDO GAMBA PEÑA** y la AFP COLFONDOS S.A es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

7.3. Alegatos AFP COLFONDOS. Indica que el actor no es beneficiario del régimen de transición, ni cumple con los requisitos establecidos en la sentencia de unificación de la Corte Constitucional, por lo que no es procedente su traslado. Que adicionalmente esta dentro de la prohibición legal pues le falta menos de 10 años para pensionarse y que no se probó un vicio 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 en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

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

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien en la demanda se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de requisitos legales y error al momento de suscribir la actora el formulario de afiliación, lo cierto es, que tal y como lo manifestó la falladora de primera instancia, 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 ibidem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Teniendo en cuenta que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado, no encuentra la Sala en donde radica la inconformidad del apoderado de Colpensiones, pues en primera instancia en ningún momento se estableció una nulidad sino la ineficacia del acto.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra acreditado en el plenario que el señor **Luís Hernando Gamba Peña** cotizó al ISS desde 6 de marzo de 1979 al 31 de marzo de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fl. 38); y que se trasladó a la AFP COLFONDOS el día 2 de enero de 1998, como aparece en formulario de afiliación (fl. 34).

Carga probatoria y deber de información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP privada, lo cual no fue objeto de alzada por ninguna de las partes. Tampoco se discute que la AFP COLFONDOS no brindó la información necesaria en los términos anotados por nuestra CSJ entre otras en la SL 2324-2019 al demandante, pues la AFP PRIVADA ni siquiera se opuso a las pretensiones de la demanda, ni tampoco atacó el fallo proferido en primera instancia.

En este punto es necesario indicarle al apoderado de COLPENSIONES que el transcurso del tiempo no sana la falta de información al momento del traslado, pues nuestra CSJ incluso ha manifestado que las asesorías brindadas con posterioridad al momento del traslado no sanan la ineficacia que se generó, pues lo que debe mirarse es si brindó o no la información necesaria al momento del traslado.

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

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en 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)

Finalmente, es necesario precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, y que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 28 de octubre del 2020, por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

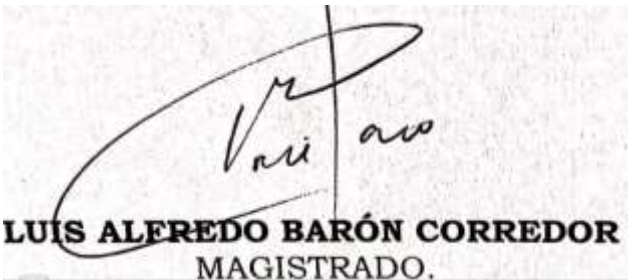
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE ENRIQUE TRIANA OLIVEROS
DEMANDADO: UGPP
RADICACIÓN: 1100131050-18-2018-00611-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA
TEMA: PENSIÓN RESTRINGIDA DE JUBILACIÓN

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Enrique Triana Oliveros instauró demanda ordinaria contra la UGPP y la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo con el fin de que se le reconozca y pague la pensión convencional contemplada en el art. 48 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. (entidad extinta) y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CORPORACIÓN FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. a partir del 14 de abril del 2017. (fol. 4 y s.s.).

Solicitó como pretensiones subsidiarias que se le reconozca y pague la pensión restringida de jubilación contemplada en la Ley 171 de 1961 a partir del 14 de abril del 2017, fecha en que cumplió los 60 años de edad; que se le indexe el IBL; que se le reconozca junto con los reajustes legales, la indexación de las sumas adeudadas, los intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios personales para la sociedad liquidada CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. desde el 19 de septiembre de 1975 al 1° de abril de 1991, es decir, por espacio de 15 años, 6 meses y 13 días; que el último cargo desempeñado fue el de Técnico I; que siempre ostentó la calidad de trabajador oficial; que la empresa en la que laboró era una sociedad de economía mixta con aporte estatal del 99%; que es beneficiario de la convención colectiva suscrita entre la CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. y el SINDICATO DE TRABAJADORES DE LA CORPORACION FINANCIERA DEL TRANSPORTE S.A. de fecha 14 de noviembre de 1990; que el artículo 48 de la Convención Colectiva establece que la extinta Corporación reconocerá la pensión de jubilación a los trabajadores oficiales que se jubilen a partir de la vigencia

de la convención, en una cuantía equivalente al 85% del promedio de los salarios devengados durante el último año de servicios; que a través del Decreto 1982 de 1991 se dispuso que el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo asumiera el reconocimiento y pago de las pensiones de jubilación de los trabajadores de la citada corporación; que posteriormente a partir del Decreto 1299 de 2015 las competencias asignadas al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo en relación con la función pensional fueron asumidas por UGPP; que nació el 14 de abril de 1957, por lo que cumplió 60 años de edad en el año 2017; que su retiro de la Corporación Financiera del Transporte S.A. el día 1° de abril de 1991 se produjo por renuncia voluntaria para acogerse a la indemnización contemplada en el artículo 18 de la Convención Colectiva; que el art. 8° de la Ley 171 de 1961 y art. 74 del Decreto 1848 de 1969 consagran la pensión restringida de jubilación con 15 años de servicio y 60 años de edad; que el último salario que devengó fue de \$200.612; que es necesario indexar el último salario devengado ante la evidente devaluación monetaria; que presentó reclamación ante las demandadas sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 66); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la UGPP. Contestó la demanda en lo que tiene que ver con la pretensión subsidiaria señalando que se opone toda vez que no le asiste derecho alguno a la parte demandante, de conformidad con la fecha de estructuración confesa por el demandante, por lo que se evidencia que le es aplicable el régimen general de pensiones estipulado en la ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: A partir del acto legislativo 01 del 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del sistema general de seguridad social, a partir de un acto legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción, buena fe y la innominada. (fol. 99 y s.s.)

4. Contestación de la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Teniendo en cuenta que no contestó dentro del término legal a pesar de haber sido notificada en debida forma, la falladora de primera instancia tuvo la demanda por no contestada mediante auto del 28 de agosto del 2019. (fol. 115)

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de junio del 2020, en la que la falladora de primera instancia decidió **condenar** a la UGPP a reconocer y pagar al demandante la pensión restringida de jubilación establecida en el art. 171 de 1961 a partir del 14 de abril del 2017 en un monto inicial de \$827.937,11, el cual deberá reajustarse anualmente y pagarse en 14 mesadas pensionales. Absolvió a la UGPP de las demás pretensiones de la demanda. Absolvió a la Nación – Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Declaró no probada la excepción de prescripción. Condenó en costas a la UGPP.

Su decisión se basó en que el actor ostentó la calidad de trabajador oficial para la extinta Corporación Financiera de Transporte S.A. desde el día 19 de septiembre de 1975 al 1° de abril de 1991, que desempeñó el cargo de técnico N°1 y su última asignación al momento de su retiro fue de \$200.612. que no cumple con los requisitos para acceder a una pensión convencional, por lo que pasa a estudiar la pretensión

subsidiaria en la que se solicita el reconocimiento y pago de una pensión restringida de jubilación.

Indica que el demandante finiquito su vínculo contractual con la Corporación Financiera de Transporte S.A. por renuncia voluntaria tal como consta en certificación expedida por la Nación, ministerio del comercio, folio 131 a 132, en el cual señala que el vínculo se rompió el día primero de abril de 1991, laborando hasta esa fecha 15 años, 6 meses y 13 días.

Que el demandante a juicio de ese despacho cumple con los requisitos enunciados en la Ley 171 de 1961 y en tal virtud tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión restringida de jubilación, pensión sanción a partir del 14 de abril del año 2017, fecha en la que el demandante reunió los requisitos previstos, pues la edad es tan sólo un requisito de exigibilidad del derecho y no de causación.

Afirma que para determinar los factores salariales que deben tenerse en cuenta para la liquidación del IBL debemos remitirnos al artículo 1º de la ley 62 de 1985 el cual establece que se deben tener en cuenta los siguientes "asignación básica, gastos de representación, prima de antigüedad y técnica sensorial y de capacitación, dominicales y feriados, horas extras, bonificación por servicios prestados y trabajo suplementario o revidado en jornada nocturna o día de descanso obligatorio".

Que el demandante laboró 5593 días, por lo que le corresponde aplicar una tasa de reemplazo de 58.26 % de su ingreso base de liquidación y posteriormente se debe indexar conforme a la fórmula de la CSJ.

Afirma que al revisar la operación aritmética y el valor actualizado al año 2017 arroja la suma \$1.983.558, a dicho valor el despacho le aplicó la tasa de reemplazo de 58.26% y arroja como primera mesada, la suma de \$827.937 pesos a partir del día 14 de abril del año 2017.

Indica que conforme al criterio de la CSJ no es procedente condenar al pago de intereses moratorios sobre este tipo de pensión, por lo que se ordena indexar las mesadas adeudadas ante la evidente devaluación monetaria.

6. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la **UGPP** impugnó la decisión proferida en primera instancia señalando que "me ratificó en los argumentos expuestos en cuanto a que el demandante no cumple con los requisitos establecidos por el artículo 8 de ley 171 de 1961 y el artículo 289, pero además de esto tampoco cumple con el artículo 133 de la ley 100 de 1993 y modificada por el artículo 297 del 2003. Además, que no cumple con el requisito de la edad antes del 1º de abril de 1994, y tampoco obviamente del artículo 133 de la Ley 100 del 93, ya no contemplaba este tipo de pensión en esa nueva legislación, en la legislación que nos rige que es la ley 100 del 93. Tampoco cumple con la expectativa del derecho por cuánto el demandante no cumplió con el requisito del beneficio del artículo 36 de la Ley 100, pues no cumplía con la edad, porque su expectativa no fue protegida en ese orden de ideas, la Ley 100 y la ley 797 son las aplicables en este caso, en ese sentido dejo sustentada mi inconformidad por la decisión del señor juez."

7. Alegatos Decreto 806 del 2020.

7.1. Alegatos UGPP. Indicó que a partir del AL 01 del 2005 las pensiones se causan siempre y cuando se reúnan los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones.

7.2. Alegatos demandante. Señala que pese a la decisión establecida por el Juez A quo, la pensión de jubilación deprecada debe concederse bajo los parámetros contenidos en la convención colectiva suscrita entre la extinta corporación financiera de transporte y los trabajadores, vigente para la época en que se terminó el vínculo laboral con mi poderdante (1991), toda vez que para dicha data la misma se encontraba en su 4ta prorrogas, y de esta manera se beneficia el extrabajador JORGE ENRIQUE TRIANA de las estipulaciones allí contenidas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El demandante reúne los requisitos para acceder a la pensión restringida de jubilación, establecida en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961?, en caso positivo, (ii) ¿Las mesadas adeudadas deben pagarse de manera indexada?

Contrato de trabajo

No se discute en esta instancia, que el actor ostentó la calidad de trabajador oficial para la extinta Corporación Financiera de Transporte S.A. desde el día 19 de septiembre de 1975 al 1º de abril de 1991, es decir, que laboró por 15 años, 6 meses y 12 días, tal y como es aceptado por la UGPP al contestar la demanda y se corrobora con el certificado de información laboral para bonos pensionales del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, visible a folio 39 del expediente administrativo y la certificación expedida el 28 de octubre del 2019 por la Coordinadora del Grupo de Pasivo pensional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (fol. 132).

Tampoco se controvierte que el último cargo desempeñado por el actor fue el de Técnico I y que el motivo de la terminación de la relación laboral fue la **renuncia del trabajador**, la cual fue debidamente aceptada por su empleador conforme lo certifica la Coordinadora del Grupo de Pasivo pensional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo (fol. 132).

De la pensión restringida de jubilación

Para resolver el problema jurídico tendiente a establecer si el actor tiene derecho a la pensión restringida de jubilación que reclama, comienza la Sala por advertir que el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, creó para los trabajadores oficiales la **pensión restringida de jubilación**, frente a la cual estableció tres hipótesis, así:

- (i) Para el trabajador que haya sido **despedido sin justa causa** después de haber laborado durante más de 10 años y menos de 15 años y cumpla 60 años de edad.
- (ii) Para el trabajador que haya sido **despedido sin justa causa** después de haber laborado 15 años y cumpla 50 años de edad.
- (iii) Para el trabajador que se **retire de manera voluntaria** después de haber laborado 15 años de servicios cuando cumpla los 60 años de edad.

En el presente caso, al revisar las pruebas allegadas, encuentra la Sala que el actor se encuentra en la tercera hipótesis, como quiera que la relación laboral que existió con CORPORACIÓN FINANCIERA DE TRANSPORTE S.A. **finalizó de manera voluntaria**, lo cual no se discute en esta instancia.

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

Por consiguiente, al haberse finiquitado el contrato de trabajo el día 1º de abril de 1991 (fol. 39), fecha para la cual no había entrado en vigencia la Ley 100/93, ni el Acto Legislativo 01 del 2005, resulta procedente el estudio de la prestación bajo la enunciada normatividad (Criterio expuesto por la CSJ en la sentencia SL 4578-2014)

Ahora bien, al encontrarnos en la hipótesis de retiro voluntario, el actor debía acreditar para acceder a la pensión deprecada, que había laborado para la CORPORACIÓN FINANCIERA DE TRANSPORTE S.A. por más de 15 años; requisito que cumple, toda vez que laboró del 19 de septiembre de 1975 al 1º de abril de 1991, conforme lo certifica la Coordinadora del Grupo de pasivo Pensional del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, por lo que se probó que laboró por 15 años, 6 meses y 12 días. Adicionalmente, cumplió los 60 años de edad el 14 de abril del 2017, como quiera que nació el mismo día y mes del año 1957, como da cuenta la fotocopia de su cédula visible a folio 13.

Conforme lo anterior, es claro que acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que el actor cumplió con los requisitos exigidos para acceder a una pensión restringida de jubilación, al amparo del art. 8º de la Ley 171 de 1961 a partir del **14 de abril del 2017**, fecha en que alcanzó los 60 años de edad.

De la cuantía de la pensión

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

Realizados los cálculos matemáticos de rigor, se obtiene como salario promedio del último año del actor, la suma de \$**163.826**, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

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

$$\begin{aligned} VA &= VH * IPC \text{ Final} / IPC \text{ Inicial} \\ VA &= \$163.826 * 133.39977 \text{ (IPC dic 16)} / 10.96102 \text{ (IPC dic 90)} \\ \mathbf{VA} &= \mathbf{\$2'002.493.} \end{aligned}$$

De esta manera, encuentra la Sala que el salario promedio del último año de servicios debidamente indexado, corresponde a la suma de \$2'002.493, suma que al aplicarle una tasa de reemplazo del 58.25%, por tener 15 años, 6 meses y 12 días, arroja una mesada inicial de **\$1'166.452**, valor superior al reconocido por el fallador de primera instancia; sin embargo, este punto no fue apelado por el demandante y teniendo en cuenta que se está conociendo la apelación y en consulta en favor de la UGPP no se le puede hacer más gravosa la situación, por lo que se confirma la cuantía establecida en primera instancia en la suma de \$827.937.

Es necesario precisar que la mesada pensional del actor deberá reajustarse anualmente y pagarse en 14 mesadas al año, pues a la fecha en que se causó la pensión no había entrado a regir el Acto legislativo 01 del 2005.

De la Indexación de las sumas adeudadas

Ante la evidente devaluación monetaria, encuentra la Sala que resulta procedente ordenar el pago de las mesadas adeudadas de manera indexada, desde que cada una de ellas se hizo exigible hasta el momento en que se efectúe el pago.

No se liquida en concreto por cuanto el índice a aplicar en la fecha final, corresponde al vigente para la fecha en que se efectúe el pago.

Finalmente, en cuanto a lo manifestado por el demandante en sus alegatos donde señala que la pensión del actor debió haberse reconocido conforme a la convención colectiva no se hará ningún pronunciamiento como quiera que el demandante no impugnó la decisión proferida en primera instancia y aquí únicamente se está conociendo la apelación presentada por la UGPP.

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 17 de junio del 2020, por el Juzgado 18 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 UGPP. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con el art. 166 del C. G. del P.

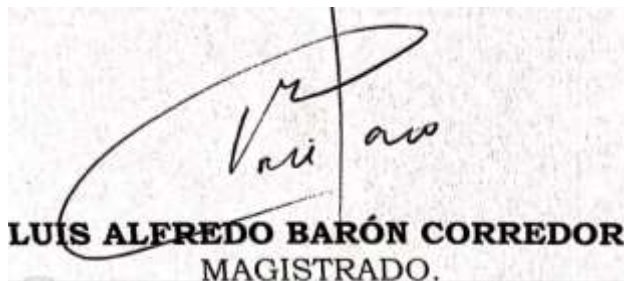
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PEDRO JOSÉ RAMÍREZ PERILLA
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-03-2019-00785-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: PENSIÓN DE VEJEZ

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

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.

Así mismo, se reconoce personería para actuar al Dr. JOSÉ HELIODORO CABEZAS SUÁREZ como apoderado sustituto del demandante, 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. Pedro José Ramírez Perilla instauró demanda ordinaria contra Colpensiones con el fin de que se le reconozca y pague una pensión de vejez desde el día 29 de julio del 2008, fecha en la que cumplió los 62 años de edad, junto con el correspondiente retroactivo, los intereses moratorios, 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 nació el 29 de julio de 1956; por lo que cumplió 62 años de edad; que para el 29 de julio del 2018 acreditaba 1526 semanas; que el 31 de julio del 2018 solicitó ante Colpensiones el reconocimiento de su pensión de vejez; que Colpensiones mediante comunicación BZ2018_9115859-2381081 del 8 de agosto del 2018 le solicitó arreglar unas inconsistencias; que el 29 de enero del 2019 allegó a Colpensiones los formularios del Ministerio del Transporte para poder continuar con el trámite pensional; que el 31 de julio le solicitó a su

empleador COMERCIALIZADORA SYE CIA S.A. no realizar más descuentos de aportes para pensión por haber radicado una solicitud pensional ante Colpensiones; que su empleador realizó aportes hasta el mes de julio del 2018 tal y como aparece en su historia laboral; que trabajo para el empleador COMERCIALIZADORA SYE CIA S.A. hasta el 27 de enero del 2019; que Colpensiones mediante la Resolución SUB 132611 del 28 de mayo del 2019 ordena el reconocimiento y pago de una pensión de vejez en favor del actor a partir del 1º de junio del 2019; que interpuso recurso de reposición solicitando el correspondiente retroactivo pensional, sin obtener una respuesta favorable.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el reconocimiento pensional se realizó conforme a la Ley. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho y de la obligación, improcedencia de los intereses moratorios, buena fe, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, prescripción y la genérica. (fol. 47 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de octubre del 2020, en la que el fallador de primera instancia condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar al actor una pensión de vejez a partir del 1º de agosto del 2018 en cuantía inicial de \$4'296.691; condenó a Colpensiones a pagar la suma \$47'946.776 por concepto de retroactivo pensional por las mesadas causadas entre el 1º de agosto del 2018 al 31 de mayo del 2019 teniendo en cuenta 13 mesadas al año; ordenó que las mesadas adeudas se paguen de manera indexada y absolvió de las demás pretensiones de la demanda.

La decisión del Juez se basó en que es necesaria la desafiliación al sistema de conformidad con el art. 13 del Acuerdo 049 de 1990; sin embargo, la CSJ indicó que en los casos en que no exista una novedad de retiro se debe mirar la intención del afiliado. Que en el reporte de semanas no existe novedad de retiro. Que la última cotización que aparece en la historia laboral data del 31 de julio del 2018; fecha para la cual el demandante cumplía con todos los requisitos para acceder a la pensión de vejez que le fue reconocida. Que se entiende para el 31 de julio del 2018 la intención del actor de desafiliarse del sistema, por lo que reconoció la pensión de vejez al actor a partir del 1º de agosto del 2018. Cuantificó el retroactivo hasta el 31 de mayo del 2019, pues Colpensiones la había incluido en nómina a partir del 1º de junio del 2019. Señaló que no era procedente el pago de intereses moratorios pues el retroactivo se había concedido en virtud de un criterio jurisprudencial. Dijo que no alcanzó a transcurrir el término trienal por lo que declaró no probada la excepción de Prescripción y ante la evidente devaluación monetaria ordenó que las mesadas adeudadas se paguen de manera indexada.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación COLPENSIONES. Interpuso recurso de apelación manifestando que dio cumplimiento al Acuerdo 049 de 1990, el cual exige para el disfrute de la pensión de vejez la desafiliación al sistema, lo cual no se presentó en el presente caso, por eso se le reconoció la pensión al actor a corte de nómina. Que no

se le debe condenar en costas pues actuó de buena fe y su decisión está respaldada por el Acuerdo 049 de 1990.

6. Alegatos de conclusión

6.1. Alegatos Colpensiones. Indica que estamos ante un caso en el que no es dable acceder a las pretensiones impetradas por el demandante, por cuanto al mismo le debe ser aplicada la normatividad vigente, es decir, la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003; el actor debe reunir dos requisitos, en primera medida, al ser varón contar con 62 años de edad, de suerte que al verificar la cedula de ciudadanía del actor, el mismo cumplió 62 años el pasado 29 de julio de 2018; en segunda medida, el mismo debe contar con un total de 1300 semanas, lo que al verificar la historia laboral que reposa en la base de datos de mi prohijada, el mismo cuenta con un total de 1418.57 semanas. Que mediante la resolución SUB 132611 del 28 de mayo de 2019, ordenó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor del actor a partir del 01 de junio de 2019, por lo que se encontraba en los términos dispuestos por la normatividad para el trámite, por lo que no existe circunstancia alguna para efectos de la prosperidad de las pretensiones incoadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: (i) ¿El demandante tiene derecho a que se le reconozca su pensión de vejez desde el 1º de agosto del 2018?, en caso positivo, (ii) ¿Las mesadas adeudadas deben pagarse de manera indexada?

Status de pensionado

Se encuentra probado que al señor Pedro José Ramírez Perilla le fue reconocida una pensión de vejez a partir del 1º de junio del 2019 por parte de Colpensiones mediante la Resolución SUB 132611 del 28 de mayo del 2019 por cumplir con los requisitos establecidos en la Ley 797 del 2003. (fol. 15 y s.s.).

Del disfrute de la pensión

El artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año dispone que es necesaria la desafiliación del sistema para entrar a disfrutar de la pensión, lo cual es diferente a la causación que se consolida cuando el afiliado cumple con los requisitos para acceder a una pensión.

En los casos en que no aparece la novedad de retiro, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que, aunque no obre el acto de desafiliación, siempre y cuando el afiliado haya cumplido con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, puede acudir

a cualquier medio de prueba que demuestre la intención del afiliado de no volver a cotizar para acceder a la prestación pensional. (Sentencia H. Corte Suprema de Justicia SL 12863-2017)

En el presente caso, si bien al revisar la historia laboral actualizada del actor allegada por Colpensiones visible a folios 57 y s.s., no se advierte la novedad de retiro en el último ciclo –julio 2018- de cotización efectuado por el demandante bajo el empleador COMERCIALIZADORA S.A., lo cierto es que en dicha data contaba con 1418.57 semanas que se tuvieron en cuenta por Colpensiones para reconocer la pensión y además contaba con la edad mínima exigida en la Ley 797 del 2003 -62 años de edad- los cuales cumplió el 29 de julio del 2018, pues nació el mismo día y mes del año 1956.

(Fotocopia cédula fol. 12).

Aunado a que ya cumplía con los requisitos para acceder a una pensión de vejez al momento en que cotizó el último ciclo, también se observa que el actor el día 31 de julio del 2018 radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento pensional, siendo clara su intención de desafiliarse del sistema a partir de su última cotización –julio del 2018.

Por tanto, acertó el fallador de primera instancia cuando señaló que el actor tenía derecho a que se le reconociera su pensión de vejez a partir del 1º de agosto del 2018.

Excepción de prescripción

En el presente caso, el actor tiene derecho al reconocimiento de un retroactivo entre el **1º de agosto del 2018 al 31 de mayo del 2019**. El término prescriptivo comienza a contabilizarse desde el 4 de junio del 2019, fecha en la que Colpensiones le notifica al actor la Resolución SUB 132611 del 28 de mayo del 2019 (fol. 15 y s.s.), en la cual le reconoció la pensión a partir del 1º de junio del 2019.

Y teniendo en cuenta que la demandante presentó reclamación ante Colpensiones el 6 de junio del 2019 (fol. 22) con la cual logró interrumpir la prescripción y que radicó la demanda el 8 de noviembre del 2019 (fol. 1) y ésta fue notificada dentro del año siguiente; es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS.

Cuantificación del retroactivo

Tal y como lo señaló el fallador de primera instancia al actor le corresponde para el año 2018 una mesada pensional por la suma de \$4'296.691 y para el año 2019 de \$4'433.326, por tanto, se procede a realizar las operaciones aritméticas de rigor encontrando que Colpensiones adeuda al demandante la suma de \$47'946.776 por concepto del retroactivo pensional de las mesadas causadas entre el 1º de agosto del 2018 al 31 de mayo del 2019, como acertadamente lo señaló el fallador de primera instancia.

Retroactivo pensional entre el 1º de agosto del 2018 al 31 de mayo del 2019			
Año	Valor mesada	Nº mesada	Total
2018	\$ 4.296.691,00	6	\$ 25.780.146,00

2019	\$ 4.433.326,00	5	\$ 22.166.630,00
Total retroactivo			\$ 47.946.776,00

Indexación de las mesadas adeudadas

Ante la evidente devaluación monetaria acertó el fallador de primera instancia al ordenar que las mesadas adeudadas se pague de manera indexada al momento en que se efectúe su pago.

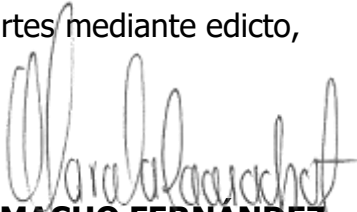
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de octubre del 2020, por el Juzgado 3° Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$750.000 las cuales serán liquidadas en primera instancia de conformidad con lo establecido en el art. 366 del CG del P.

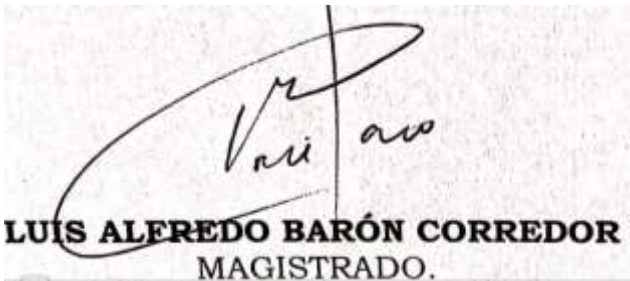
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAVIER HUMBERTO ARMESTO FRAGOSO
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-21-2019-00392-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PORVENIR
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JAVIER HUMBERTO ARBESTO FRAGOSO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. con el fin de que se DECLARE la existencia de un vicio del consentimiento (error), así como la invalidez, la ineficacia o la nulidad del formulario mediante el cual se afilió a la AFP Porvenir; que se declare que para efectos pensionales continúa afiliado al RPMPD. Como consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a realizar la devolución de los aportes efectuados, con destino a Colpensiones; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació en julio de 1962 y actualmente cuenta con 52 años; que se afilió al entonces ISS el 28 de octubre de 1987, entidad a la cual cotizó hasta finales del año 2000; que se trasladó a la AFP Porvenir, cuyo promotor de ventas (Efraín Alberto Ramos Carvajal), le informó que el ISS sería liquidado, lo cual le generaría la pérdida de sus cotizaciones, además que obtendría una pensión más alta, que su bono pensional podía ser solicitado en cualquier momento, sin importar la edad mínima establecida en la ley; que la AFP demandada no desplegó ninguna actividad de asesoramiento e información veraz, oportuna que le permitiera valorar las consecuencias del traslado de régimen pensional; que el promotor de ventas de Porvenir en carta dirigida a Asofondos, indicó que la capacitación que le brindó para efectos del traslado, lo fue de manera ineficaz, ya que

la sociedad en mención exigía una meta diaria de ventas; que solicitó ante la AFP Porvenir y ante Colpensiones la nulidad de su traslado, frente a lo cual la sociedad demandada no emitió ninguna respuesta y la administradora del RPMPD se negó a sus pedimentos.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que no se observa dentro de ninguna de las solicitudes del demandante nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de su parte; por el contrario, se tiene que las documentales adosadas se encuentran conforme a derecho y que el convocante de manera libre y voluntaria se afilió a la AFP. Finalmente, adujo que, el convocante no cumple con las condiciones de que trata la sentencia SU 062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 59 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que al demandante le competía acreditar los supuestos en los que se funda la existencia de un vicio del consentimiento que aduce. Indicó que, de acuerdo con los documentos aportados por el demandante, no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permita acreditar error, fuerza o dolo, más aún cuando tenía conocimiento de las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS; pues fueron informadas por el asesor comercial de manera verbal al momento de su afiliación. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 107 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de septiembre del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante el 1º de enero de 2000, por intermedio de Porvenir S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida, la del RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses sin deducción de gastos de administración y de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual del actor; condenó a Colpensiones a activar la afiliación del demandante al RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por Porvenir y Colpensiones; finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A. (CD fol. 186).

La decisión de la Juez se basó en que el Despacho ha acogido la postura de la CSJ, según la cual para considerar que el traslado de régimen estuvo precedido de la voluntad del afiliado, se requiere que la administradora de fondos de pensiones haya suministrado una información clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, y que como mínimo se le hayan puesto de

presente las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias que trae el traslado.

Dijo que conforme al artículo 167 del CGP las negaciones indefinidas que en este caso se relacionan con la falta de información, no requieren prueba, precisando que el afiliado no tiene manera de probar que no recibió la misma, estando ello a cargo de quien afirma haberla suministrado.

Agregó que en el presente caso Porvenir no demostró haber suministrado al convocante la información en los términos aludidos, indicando que del interrogatorio de parte rendido por éste no se advierte confesión al respecto, amén que con el solo formulario de afiliación no se puede llegar a un convencimiento de que efectivamente se le ha dado la información en los términos requeridos, pues se trata de una adhesión a un formato pre impreso, como así lo ha establecido por la CSJ.

Adujo que, aunque en el expediente obra comunicación en la cual se requirió al demandante para brindarle una asesoría, antes de cumplir la edad de 52 años, no existe prueba que haya recibido dicho requerimiento.

Señaló que la falta al deber de información, se refuerza con la certificación expedida por el promotor de ventas que se encargó del traslado del demandante, en la cual se indica que en efecto no informó a este sobre las consecuencias de su traslado.

Finalmente, dijo que el hecho de que el demandante no fuera beneficiario del régimen de transición o no tuviera derechos adquiridos en el momento de trasladarse de régimen pensional, ello no implica que la AFP se exonerara de su obligación de información.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP Porvenir S.A. Formuló recurso de apelación indicando que el ordenamiento jurídico no determina una forma concreta en que las AFP deben brindar la información, ni tampoco la obligación de documentar la asesoría brindada, aparte del formulario de afiliación, de manera que no resulta razonable exigir condiciones que nacieron a la vida jurídica con posterioridad a la afiliación del actor.

En ese orden, sostuvo que solo cuenta con el formulario de afiliación que cumple con todos los presupuestos establecidos en la ley vigente a la data de la vinculación del actor a la AFP, por tanto, debe respetarse la voluntad de las partes y darle todo el valor probatorio a dicha documental, la cual demuestra que se brindó asesoría y contiene la voluntad expresa del afiliado.

Adujo que el actor es un consumidor financiero, y por ende, debió actuar con mediana diligencia, debiendo obtener información suficiente sobre el acto jurídico del traslado, máxime que la misma se encuentra establecida en la ley, cuyo desconocimiento no sirve de excusa.

Añadió que el demandante hizo caso omiso a las comunicaciones que la AFP le remitió en el año 2014, cuando aun no había cumplido la edad de 52 años, de manera que no se preocupó por su situación pensional y ratificó su permanencia en el RAIS.

Solicitó que se revoque la condena relacionada con la devolución de los gastos de administración, dado que esas sumas tienen una destinación específica por mandato

legal, que en este caso cumplió su cometido plenamente durante el período que el actor ha mantenido su vinculación al RAIS, pues esos dineros fueron invertidos de la manera como la ley lo exige y ya no se encuentran en poder de la AFP

6.2. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que en el caso analizado no se evidencia ningún vicio del consentimiento como la fuerza o el dolo, y por el contrario, se advierte que la afiliación del convocante al RAIS tiene plena validez, porque éste firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones, de conformidad con el artículo 13 literal b) de la Ley 100 de 1993.

Dijo que la CSJ ha interpretado de manera errónea el artículo 1604 del C.C. pues a la AFP no le compete la carga de la prueba, y por ello, solicitó que se de aplicación al artículo 167 del CGP. Agregó que no se comparte lo dicho por el Juzgado, en cuanto a que las negaciones indefinidas no requieren prueba, pues no son tan simples de demostrar, tal como se expresa en la sentencia SC 672 del 2020 M.P. Luis Armando Tolosa, por lo que no puede decirse que se debe trasladar esa carga a la AFP, precisando que en el caso analizado se torna imposible demostrar una asesoría verbal que tuvo lugar hace más de 20 años.

Sostuvo que el deber de información solo fue consagrado a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, además, entre 1993 y el 2014 la ley no exigía nada diferente al formulario de afiliación, como constancia del consentimiento libre y voluntario del afiliado.

Adujo que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no acreditaba 750 semanas de cotización ni tampoco la edad requerida para el efecto, amén que no contaba con una expectativa legítima para regresar en cualquier momento al RPMPD.

Dijo que no debe darse aplicación automática al precedente de la CSJ, pues debe establecerse si en el caso analizado se generó una consecuencia adversa como lo es la pérdida del régimen de transición, aclarando que en este caso el actor no está de acuerdo con su mesada pensional, por lo que su demanda constituye una oportunidad para desconocer las normas que regulan los términos de movilidad entre regímenes.

Indicó que la parte actora no puede pretender que el RPMPD sea solidario con ella, cuando jamás realizó aportes a Colpensiones, lo cual además descapitalizaría el fondo común, poniendo en riesgo el pago futuro de las pensiones de los afiliados que sí hacen parte de dicho régimen. Además, adujo que al convocante le hacen falta menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión de vejez.

Solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia a que se efectuó el traslado de la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual del demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, bonos de administración, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar, debidamente indexados.

Finalmente, petitionó que no se condene en costas a Colpensiones, ya que no participó en un acto que se presume ineficaz o nulo, y se trata de un tercero de buena fe.

7. Alegatos demandante. Refirió que la vigencia de la Ley 100 de 1993 trajo consigo un despliegue considerable de las AFP para captar la mayor cantidad de afiliados al RAIS, hasta el punto de desconocer los derechos de los futuros afiliados al momento

de efectuarse su afiliación a los fondos privados. Que en el caso objeto de estudio, se presenta una situación igual a lo mencionado anteriormente, ya que la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al realizar el trámite de afiliación del señor JAVIER HUMBERTO ARMESTO FRAGOSO, el promotor de ventas representando del fondo privado demandado no le suministró una información completa, suficiente y comprensible que correspondiera a la gestión pensional que deben realizar las AFP con sus afiliados y futuros afiliados.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que el demandante al momento de la solicitud del retorno al RPM contaba con 56 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); que el precedente del Alto Tribunal, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación. Que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

9. Alegatos AFP Porvenir S.A. Indicó que que el traslado efectuado por el demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Refirió que para la fecha en que se materializó el acto de traslado solicitado por el demandante, no se encontraba en cabeza de las AFP el deber del buen consejo o de la doble asesoría, toda vez que hacen referencia a obligaciones que surgen de manera posterior a la fecha de afiliación del demandante. Tampoco existía la obligación de informar por escrito sobre los beneficios puntuales que cada uno de los regímenes pensionales ofrecía, ni sobre el monto de la pensión que se obtendría. Finalmente, arguyó que la orden respecto de la devolución de los gastos de administración resulta improcedente, como parte de las prestaciones mutuas que correspondan, y de las sumas que la AFP demandada ha pagado a las aseguradoras por concepto de primas de los seguros previsionales que legalmente ha estado obligada a contratar.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene

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

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, 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 N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JAVIER HUMBERTO ARMESTO FRAGOSO, cotizó al ISS entre el 28 de octubre de 1987 y el 30 de noviembre de 2000, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (CD. fol. 82); además, el 17 de noviembre del 2000 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, sociedad a la cual se encuentra actualmente vinculado (fol. 131).

Carga probatoria y deber de Información

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que

existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

Dicho de otra manera, no se puede predicar la existencia de una manifestación libre y voluntaria cuando quiera que un afiliado al sistema no conoce la incidencia que la decisión de trasladarse de régimen pensional pueda tener, frente a eventuales derechos prestacionales; de ahí que, contrario a lo afirmado por Colpensiones, 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 la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual no se constató en el presente caso.

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

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

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la litis no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consecuencia jurídica, retrotraer las cosas al estado anterior de la afiliación al mismo.

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

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

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Porvenir, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *a quo* en sus consideraciones.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Lo dicho precedentemente, justifica además que no se pueda acceder a la solicitud de Colpensiones de hacer la devolución de todos los aportes debidamente indexados, como quiera que los mismos incluyen los rendimientos que éstos han generado.

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

Sobre este tópico se observa que el Juzgado de primera instancia no impartió condena alguna contra Colpensiones, sin embargo, como quiera que el Tribunal habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, procederá a imponer costas de segunda instancia a cargo de dicha entidad y de la AFP Porvenir, dado que conforme al artículo 365 del CGP numeral 3º *"En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda."*

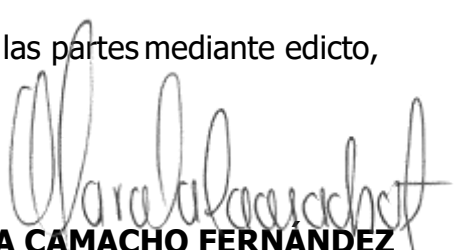
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 21 de septiembre de 2020, 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 las demandadas Colpensiones y la AFP Porvenir. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$908.526 a cargo de cada una de las entidades en mención.

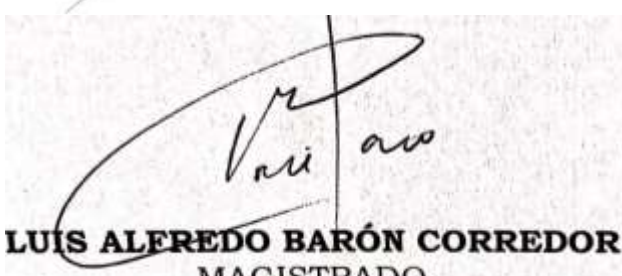
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

*-Se suscribe con firma escaneada 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: JULIO CESAR SIERRA ACOSTA
DEMANDADO: LA NACIÓN-MINISTERIO DE COMERCIO INDUSTRIA Y
TURISMO Y OTRO
RADICACIÓN: 1100131050-06-2017-00735-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: RELIQUIDACIÓN PENSIÓN CONVENCIONAL

Bogotá D.C, veintiuno (21) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JULIO CESAR SIERRA ACOSTA instauró demanda ordinaria contra MINISTERIO DE COMERCIO, INDUSTRIA Y TURISMO y el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA con el fin de que se condene a las demandadas a reliquidar el monto de la primera mesada pensional, con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios, incluidas las primas percibidas en el mismo período, es decir, con una base salarial de \$386.210,75; igualmente, se condene al pago de las diferencias pensionales, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita* y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que trabajó para la empresa Alcalis de Colombia Limitada-Alco Ltda. entre el 12 de abril de 1965 y el 28 de septiembre de la misma anualidad, así como entre el 17 de abril de 1967 y el 25 de agosto de 1992, para un total de 25 años, 6 meses y 12 días; que Alcalis de Colombia le otorgó pensión de jubilación de origen convencional mediante Resolución 000091 del 27 de enero de 1993, desde el 26 agosto de 1992; que en Resolución 04792 del 17 de marzo de 2008, se le reconoció pensión de vejez a cargo del ISS desde el 5 de julio de 2005, de manera que Alcalis de Colombia compartió la pensión convencional, con la reconocida por el administrador del RPMPD, asumiendo el mayor valor existente; que para liquidar la pensión de origen convencional Alcalis de Colombia tuvo en cuenta un promedio mensual salarial devengado en el último año de servicios de \$316.439,58; que el promedio devengado en el último año de servicios ascendió a la suma de \$374.873, al cual falta sumarle la parte proporcional de la prima de antigüedad

devengada por valor de \$5.137,75, así como el valor de \$6.200 como salario en especie, para un promedio de \$386.210,75.

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

3. Contestación del Ministerio de Comercio, Industria y Turismo. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de conformidad con lo ordenado en el artículo 2º del Decreto 2601 del 2009 que modificó el artículo 3º del Decreto 805 del 2000, no es competente para asumir las obligaciones pretendidas en la demanda, por cuanto se trata de un proceso iniciado con posterioridad al cierre definitivo de Alcalis de Colombia Ltda. precisando que el reconocimiento de las pensiones de dicha empresa le fue asignado al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles de Colombia. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación y prescripción. (fols. 34 y s.s.).

4. Contestación del Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá conoció de la pretensión relacionada con la reliquidación de la pensión del actor incluyendo como mayor valor la doceava parte de la prima de antigüedad, la cual fue negada en dicho proceso, motivo por el cual en el presente caso ha operado la cosa juzgada. Agregó que en Convención Colectiva de Trabajo 1992-1994 firmada entre Alcalis y sus trabajadores, solo se contemplaba como factor salarial extralegal para la liquidación de las pensiones, la prima de antigüedad, por manera que los factores salariales para establecer la base de liquidación de la pensión del actor deben ser los contemplados en el Decreto 1158 de 1992. Propuso como excepción previa la de cosa juzgada y de fondo las de cobro de lo no debido, falta de causa y título para pedir, pago, prescripción, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica. (fols. 47 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de agosto del 2020 en la que la falladora declaró probada la excepción de cosa Juzgada en relación con la reliquidación de la pensión de jubilación del actor, con la inclusión de la prima proporcional de antigüedad que este percibió en el último año de servicios; absolvió de las pretensiones restantes a las demandadas y condenó en costas al convocante. (CD fol. 100).

La decisión de la Juez se basó en que en el presente caso se configura la excepción de cosa juzgada porque en el juicio se probó que, en anterior proceso, promovido por el actor en contra de Alcalis de Colombia, se emitió sentencia judicial mediante la cual se declaró probada la prescripción en relación con la reliquidación de la pensión de jubilación del demandante, con inclusión de la prima de antigüedad, lo cual se suplica igualmente en la presente demanda.

Agregó que si bien la reliquidación de la pensión con la inclusión del monto que arrojó la liquidación final de contrato de trabajo no fue definida en el anterior proceso, lo cierto es que en el presente caso se encontró probado que la prestación se definió bajo la normatividad de la Convención Colectiva de Trabajo 1992-1994, de forma que para la resolución del conflicto, es necesario acudir a dicha Convención, no obstante, la parte actora no aportó el fundamento jurídico invocado como fuente del derecho, lo cual

deviene en la absolución de esa reliquidación, pues la misma se prueba mediante la aducción del texto y el acta de su depósito oportuno, ante la autoridad administrativa.

6. Impugnación y límites del ad quem. La parte actora formuló recurso de apelación indicando que en el acto administrativo de reconocimiento pensional se establece de manera muy clara que la prestación se otorgó de conformidad con un artículo de la Convención Colectiva de Trabajo, precisando que para su liquidación no es necesario aportar el texto convencional, porque el mismo jamás estableció la forma como debía definirse el monto de la prestación.

En ese orden, dijo que conforme a lo definido por la Corte Constitucional en la sentencia C-401 del 2005, en caso de no existir convenio aplicable directamente como fuente principal o prevalente al caso controvertido, se aplican las normas que regulan casos o materias semejantes, los principios que se deriven del código, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre o el uso, los convenios y recomendaciones adoptados por las organizaciones y las conferencias del trabajo, en cuanto no se opongan a las leyes sociales del país, los principios del derecho común que no sean contrarios al derecho del trabajo, todo con un espíritu de equidad.

Dijo que la empresa Alcalis de Colombia siempre liquidó la pensión convencional aplicando el Decreto 1848 de 1969, específicamente el artículo 73, según el cual la cuantía de la pensión mensual vitalicia de jubilación será equivalente al 75% del promedio de los salarios y primas de toda especie, percibidas en el último año de servicios, por el empleado oficial que haya adquirido el estatus jurídico por tener los requisitos señalados para tal fin.

Adujo que en el caso es muy claro que la pensión debe liquidarse sobre el promedio con el cual se liquidaron las cesantías y el promedio que se tuvo en cuenta para las prestaciones sociales.

De otra parte, señaló que el proceso que cursó en el Juzgado 19 Laboral, no genera la declaración de la cosa juzgada, porque en él se habló muy claramente sobre la reliquidación de la pensión, teniendo en cuenta la doceava parte de la prima de antigüedad, mientras que en el *examine* se pretende que se tenga en cuenta el promedio inicial con el cual la empresa liquidó dicha prima.

Indicó que, en el proceso anterior, también se hablaba de unos servicios médicos y de la entrega de unos medicamentos para varios demandantes, resaltando que en todo caso no existe identidad de las partes, ni identidad de objeto.

7. Alegatos demandado. Solicitó se mantuviera incólume el fallo proferido por el Juzgado de primera instancia, en tanto que las pruebas documentales aportadas por esta, esto es, las sentencias ejecutoriadas, dan cuenta de la excepción de cosa juzgada, dado que ya se emitió decisión sobre reliquidación de la pensión con la inclusión de la prima de antigüedad, pretensión que en igual forma se pretende en el presente proceso.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Se encuentra probada la excepción de cosa juzgada sobre la reliquidación de la pensión, incluyendo la proporción de la prima de antigüedad que se solicita en la demanda? y (ii) ¿La liquidación de la pensión de jubilación convencional del actor se realiza de acuerdo a lo establecido en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, y por tanto, se equivocó el Juzgado al exigir la Convención Colectiva de Trabajo para dilucidar su reliquidación aplicando el promedio de todo lo devengado en el último año de servicios por el actor?

De la calidad de pensionado

Se encuentra probado en el proceso que mediante Resolución 000091 del 27 de enero de 1993, Alcalis de Colombia Limitada-Alco Ltda. reconoció a favor del actor una pensión mensual de jubilación de carácter convencional en cuantía de \$237.329,69 a partir del 26 de agosto de 1992, la cual resultó de aplicar el 75% al promedio devengado en el último año de servicios equivalente a \$316.439,58.

De la cosa juzgada declarada por el *a quo* sobre la reliquidación de la pensión incluyendo la prima de antigüedad.

Discute la parte actora la decisión proferida por el *a quo* en cuanto declaró probada la cosa juzgada sobre la pretensión relacionada con la reliquidación de su pensión de jubilación, incluyendo la parte proporcional de la última prima de antigüedad por él devengada, al considerar que en el *examine* no concurren los presupuestos para el efecto.

Pues bien, sobre la cosa juzgada debemos remitirnos al artículo 303 del CGP el cual señala que *"La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes"*.

Sobre la institución de la cosa juzgada, la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia bajo el radicado N° 36910 de 7 de julio del 2005, señaló que *"la ley procesal protege la definitividad e inmutabilidad que por regla general se predicen de la sentencia por medio de la institución de la cosa juzgada, que a la vez que propende por la ejecutoria material de lo resuelto por el juzgador del caso, conjura la posibilidad de que respecto de unos mismos y particulares hechos se produzcan decisiones contradictorias."*

Bajo este entendimiento, la cosa juzgada procura que las providencias judiciales mantengan en forma definitiva el carácter de inmutables, para impedir que la cuestión principal debatida en un proceso pueda volver a ser objeto de controversia en otro.

Entonces, para que esta institución se configure deben aparecer los tres elementos que la estructuran: (i) identidad de partes, entendiéndose no identidad de personas sino de partes jurídicas, que se debe dar entre quienes actuaron en el primer proceso y las que intervienen en el que se aduce cosa juzgada; (ii) identidad de la cosa u objeto, que se presenta cuando en el nuevo proceso se controvierte el mismo bien jurídico e; (iii) identidad de causa, que se da cuando coinciden los fundamentos de hecho en los varios procesos.

En el presente caso, se tiene que el demandante, junto con otras 7 personas, formuló demanda ordinaria laboral contra Alcalis de Colombia Limitada, el Instituto de Fomento

Industrial "IFI" y el Ministerio de Desarrollo Económico hoy Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, el cual fue del conocimiento del Juzgado Once Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá D.C., bajo el número de radicación 2002-0927, como se observa a folios (71 y s.s.).

Conforme a ello, se tiene en primer lugar que, dentro del presente caso la parte activa se encuentra conformada por el señor Julio César Sierra Acosta y dentro de la parte pasiva se encuentra el Ministerio Industria y Turismo, tal y como ocurre en el anterior proceso; y si bien en el expediente 2002-0927 compareció también como demandada Alcalis de Colombia, entidad que no se encuentra presente en este trámite, lo cierto es que ello se debe a que dicha entidad se encuentra liquidada; además, conforme al artículo 2º del Decreto 2601 de 2009, mientras se implementa la UGPP, el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacional de Colombia tendrá a su cargo las labores de revisión y revocatoria de pensiones que estaban a cargo de Alcalis Colombia en Liquidación, por manera que al estar vinculado dicho Fondo al presente proceso, es claro que entre la actual causa y la anterior, se configura la identidad de partes.

Respecto al objeto, se tiene que una vez revisada la sentencia proferida el 11 de julio de 2008, por el Juzgado Once Laboral de Descongestión del Circuito de Bogotá, dentro del proceso 2002-0927, la cual fue confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en su Sala Laboral el 30 de julio de 2009, se observa que en dicha causa se formularon varias pretensiones, no obstante, dentro de ellas se planteó la reliquidación de la pensión convencional de jubilación del actor, incluyendo como mayor valor la doceava parte de la prima de antigüedad, junto con el pago de la diferencias pensionales y la indexación. (fols. 71 y s.s.)

En ese orden, se tiene que sí se configura la identidad de objeto, contrario a lo afirmado por el recurrente, como quiera que en el presente caso se peticiona la reliquidación de la pensión de jubilación convencional del actor, incluyendo entre otras cosas, la parte proporcional de la prima de antigüedad devengada por este, en valor de \$5.137,75, esto es, la sesentava parte de la prestación en mención, como se desprende de la liquidación de prestaciones sociales visible a folio 9, en la cual se advierte como valor total de esa prima \$308.265.

Por tanto, es claro que la pretensión planteada en el proceso 2002-0927, al involucrar una mayor proporción de la prima de antigüedad, esto es, la doceava parte, incluyó igualmente, la pretensión que se formula en el actual proceso, porque en este se peticiona la reliquidación pensional sobre una proporción menor, es decir, la sesentava parte, y como quiera que en la sentencia proferida en el proceso anterior se declaró la prescripción sobre la reliquidación pensional reclamada, es claro que ya existe una decisión en firme, sobre la pretensión que aquí se ventila.

En lo que se refiere a la identidad de causa, ha de decirse que en ambos procesos efectivamente no se plantean los hechos de manera idéntica, sin embargo, ello no es razón para descartar la excepción de cosa juzgada, como quiera que en ambos expedientes las pretensiones en comento se sustentan en la falta de inclusión de la prima de antigüedad en la base de liquidación de la pensión del actor.

Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al declarar probada la excepción de cosa juzgada, en cuanto a la reliquidación de la pensión incluyendo la parte proporcional de la última prima de antigüedad devengada por el convocante.

De la reliquidación pensional incluyendo la totalidad de salarios y primas devengadas en el último año de servicios.

Analizada la demanda, se advierte que el accionante igualmente pretende que la reliquidación de su pensión, incluya la totalidad de salarios y primas devengadas en el último año de servicios e incluso, se considere el salario en especie por la suma de \$6.200, frente a lo cual, el Juzgado impartió absolución, básicamente porque no se allegó el texto convencional que dio origen a la pensión de jubilación del convocante.

Sobre el particular, ha de decir la Sala que si bien en la Resolución 000091 del 27 de enero de 1993, se advierte que la pensión de jubilación reconocida al demandante tiene como sustento la Convención Colectiva de Trabajo Vigente para la época, lo cierto es que para efectos de su liquidación, no es necesario contar con el texto de dicho acuerdo, como lo aduce la parte actora, porque en el mismo acto administrativo de reconocimiento pensional se indica que *"...el Artículo 73 del Decreto 1848 de 1969 establece que el valor de la pensión de Jubilación será el equivalente al setenta y cinco (75%) por ciento del promedio los salarios y primas de toda especie devengados por el trabajador el último año de servicios."*

De suerte que no existe duda sobre la norma que regula la liquidación de la pensión de jubilación convencional que le fue reconocida al demandante, esto es el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, ya que el mismo acto administrativo de reconocimiento pensional así lo establece. Por tanto, procede la Sala a verificar los factores considerados por la entonces Alcalis de Colombia Limitada, para efectos de establecer el monto pensional, para lo cual se tiene que dicha empresa incluyó los conceptos de: salario en especie que aquí se deprecia por valor de \$6.200, horas extras vigilancias y recargos nocturnos, vacaciones, auxilio de escolaridad, prima de vacaciones, prima extralegal y prima legal, todo ello devengado en el último año de servicios, ya que dichos conceptos coinciden con los valores certificados a folio 9 del expediente, documento que contiene la liquidación de prestaciones sociales.

La única diferencia que se advierte con la certificación que se acaba de mencionar y la liquidación de la pensión, es el valor del salario, pues para hallar la prestación se tomó el monto de \$1.899.804, mientras que para la liquidación de las prestaciones sociales visible a folio 9 se tomó un valor de \$1.949.441.

No obstante, este último valor en mención, también incluye permisos remunerados, los cuales no se establecen como factor a considerar para la liquidación de la pensión en el artículo 73 del Decreto 1848 de 1969, por tanto, no puede ser considerado en la base salarial de la misma.

Siendo ello así, concluye la Sala que la pensión de jubilación del actor se encuentra debidamente liquidada, porque incluyó los factores salariales de que trata la norma en mención, no existiendo a favor del demandante ninguna diferencia causada a su favor, lo cual hace improcedente la reliquidación reclamada.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

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 agosto de 2020, por el Juzgado 6º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

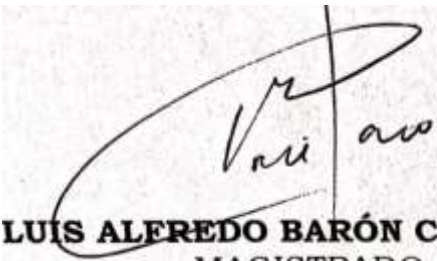
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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 INÉS ROMÁN VÁSQUEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-21-2019-00245-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN-
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARTHA INÉS ROMÁN VÁSQUEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se DECLARE la *"ANULACIÓN POR INEFICACIA"* de su traslado al RAIS, por el incumplimiento del deber legal de información. Como consecuencia, se ordene su traslado y afiliación a Colpensiones, como si nunca se hubiera ido de dicho régimen; ordenar a la AFP Protección la devolución de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y bonos pensionales, con todos los rendimientos que se hubieren causado, gastos de administración o cualquier otro concepto; condenar a la AFP Protección que en caso de haberse otorgado pensión a la actora al momento de dictarse sentencia, continúe pagando la mesada hasta tanto sean trasladados todos los recursos a Colpensiones y sea incluida en nómina por parte de esta entidad; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y a las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió al entonces ISS desde el 13 de agosto de 1987; que el 18 de abril de 1995, se trasladó al RAIS, a

través de la AFP Protección; que el asesor de la AFP demandada no le entregó información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto de las prestaciones económicas y beneficios que tendría en el RAIS, ni sobre las desventajas de abandonar el RPMPD; que tampoco le fueron entregadas proyecciones, ni comparativos de lo que sería el valor de la pensión tanto en el RPMPD, como en el RAIS; que no se le asesoró en relación con las características del RAIS; que simplemente se le indicó que en el RAIS podía pensionarse a una edad más temprana, con un monto pensional mejor y que el ISS iba a desaparecer estando en riesgo los aportes para pensión de las personas afiliadas a dicha entidad; que solicitó ante las demandadas la anulación de su afiliación al RAIS, lo cual fue resuelto de manera desfavorable por dichas entidades.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Dijo que tampoco se evidencia nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante, pues, por el contrario, se observa que las documentales se encuentran conforme a derecho, y que su afiliación se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas. Finalmente, dijo que la actora no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y la genérica. (fols. 272 y s.s.; subsanación fols. 363 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado de la actora es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Adujo que, del formulario de vinculación suscrito por la actora, se tiene que el acto jurídico se celebró en forma libre y espontánea, y se solemnizó de esta manera, generando derechos y obligaciones en cabeza del fondo y de la afiliada. Finalmente, señaló que esa manifestación de voluntad atendió los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y respetó el derecho a la libre escogencia de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, a través de la firma del formulario de afiliación en señal de aceptación, lo que constituye una manifestación inequívoca en el sentido de trasladarse al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP: Inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fols. 301 y s.s.).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de septiembre del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante a través de Protección S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP Protección a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora Colpensiones, en el término de 1 mes; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la convocante y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y condenó en costas a la AFP Protección. (CD fol. 383).

La decisión de la Juez se basó en que el Despacho ha acogido la postura de la CSJ, según la cual para considerar que el traslado de régimen estuvo precedido de la voluntad del afiliado, se requiere que la administradora de fondos de pensiones haya suministrado una información clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de su situación pensional, y que como mínimo se le hayan puesto de presente las características, condiciones, accesos, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como los riesgos y consecuencias que trae el traslado.

Dijo que conforme al artículo 167 del CGP las negaciones indefinidas que en este caso se relacionan con la falta de información, no requieren prueba, precisando que el afiliado no tiene manera de probar que no recibió la misma, estando ello a cargo de quien afirma haberla suministrado.

Agregó que en el presente caso Protección no demostró haber suministrado a la convocante la información en los términos aludidos, indicando que del interrogatorio de parte rendido por ésta no se advierte confesión al respecto, amén que con el solo formulario de afiliación no se puede llegar a un convencimiento de que efectivamente se le ha dado la información en los términos requeridos, pues se trata de una adhesión a un formato preimpreso, como así lo ha establecido por la CSJ.

Finalmente, dijo que el hecho de que la demandante no fuera beneficiaria del régimen de transición o no tuviera derechos adquiridos en el momento de trasladarse de régimen pensional, ello no implica que la AFP se exonerara de su obligación de información.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP Protección. Formuló recurso de apelación indicando que no es procedente la condena impuesta por concepto de gastos de administración, teniendo en cuenta que las deducciones de esos dineros se realizaron como consecuencia de una disposición legal válida, exigible, aplicable y vigente, y no por capricho de la AFP, además, se causan durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual de la convocante.

Igualmente, adujo que en caso de considerarse que Protección no hizo la debida gestión de administración, debe ordenarse solamente la devolución de los aportes sin los rendimientos generados, sobre todo porque, la consecuencia jurídica de la nulidad o ineficacia de la afiliación, es que las cosas vuelvan a su estado anterior, por manera que los rendimientos no deben hacer parte de esa devolución, porque

los mismos se causan en el RAIS por mandato legal, no siendo posible que ellos se generaran si la demandante hubiere permanecido en el RPMPD.

6.2. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que conforme a lo indicado en la sentencia de 31 de julio de 2020, proferida por el Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá David J. Steer Correa, el afiliado no está exonerado de su deber de ilustrarse frente a las decisiones del cambio de régimen pensional, toda vez que no se encuentra disminuido en su capacidad para celebrar actos y contratos, teniendo en cuenta que de su decisión dependerá su futuro pensional, además, dijo que de aceptarse la existencia de un vicio en la fecha del traslado, el afiliado cuenta con un plazo de 4 años para pedir la rescisión del acto jurídico de traslado.

Agregó que en sentencia del 13 de agosto de 2020 proferida por el Magistrado de la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá Lorenzo Torres Russey, la competencia para imponer las sanciones del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, se encuentra radicada en las instancias administrativas.

De otro lado, destacó que en sentencia proferida por la Magistrada Rhina Escobar, se indicó que las consecuencias no advertidas a la parte actora se circunscriben a suposiciones, en tanto se encontraba en plena formación el derecho a la pensión, lo cual contraría el principio de seguridad jurídica y debido proceso.

Finalmente, resaltó que conforme a sentencia del 4 de febrero de 2020, proferida por la Corte Suprema de Justicia- Sala de Casación Civil M.P. Luis Armando Tolosa Villao, las negaciones se dividen en definidas e indefinidas, respecto de las cuales sólo las segundas se consideran de imposible demostración, por lo que no es posible trasladar la carga de la prueba a los fondos de pensiones, dado que es de imposible prueba hechos que ocurrieron hace 25 años.

7. Alegatos demandante. Refirió en su escrito que la AFP Protección no cumplió con los requisitos legales y jurisprudenciales para mantener la validez y eficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de ahorro individual con solidaridad, incumpliendo con la obligación prevista en el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y lo dispuesto en el Literal B del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 sobre la decisión libre y voluntaria del afiliado al momento del traslado de régimen pensional, por lo que solicitó confirmar la decisión del *Ad Quo*.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que el demandante al momento de la solicitud del retorno al RPM contaba con 56 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); que el precedente del Alto Tribunal, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializo a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación. Que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General del Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

9. Alegatos AFP Protección. Indicó que en el presente asunto no procede la devolución de la comisión de administración, pues se estaría constituyendo en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, dado que la comisión ni siquiera es destinada a financiar la pensión de vejez de la parte demandante; adicionalmente, están trasladando los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, fruto de la buena gestión de administración realizada, por lo que considera tener derecho a conservar esta comisión como restitución mutua a su favor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿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?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que 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 a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARTHA INÉS ROMÁN VÁSQUEZ, cotizó al ISS entre el 13 de agosto de 1987 y el 30 de abril de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 48 y s.s.); y que el 18 de abril de 1995

firmó formulario de afiliación ante la AFP Protección (fol. 61), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de Información

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

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

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

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

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Protección como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **MARTHA INÉS ROMÁN VASQUEZ**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención

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

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

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

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

Finalmente, ha de indicarse al apoderado de Colpensiones que la Sala no tiene duda sobre la aplicación del precedente jurisprudencial de la CSJ al que se hizo referencia, como quiera que existen a los menos 3 decisiones que desarrollan el deber de información de las AFP en tratándose del traslado de régimen pensional y de la carga probatoria que deben asumir para la demostración de su cumplimiento, lo cual hace que este tenga poder vinculante ante los jueces de inferior jerarquía, no existiendo para esta Sala motivos atendibles que justifiquen el apartamiento del mismo.

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. –CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de septiembre de 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - SIN COSTAS en esta instancia.

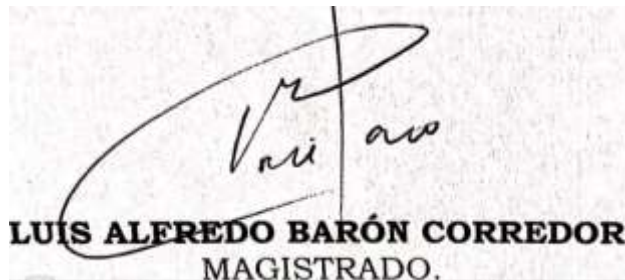
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE ARTURO BURGOS MORA
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN- AFP COLFONDOS
RADICACIÓN: 1100131050-19-2018-00231-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. HENRY DARÍO MACHADO GUADRÓN, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JORGE ARTURO BURGOS MORA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE la nulidad o la ineficacia de su traslado al RAIS realizado a través de la AFP Colfondos, por el incumplimiento del deber legal de información, así como que se encuentra válidamente afiliado al RMPD. Como consecuencia, se condene a la AFP Protección a trasladar la totalidad del ahorro acumulado en su cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos y gastos de administración; se condene a Colpensiones a activar su afiliación; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 4 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 17 de enero de 1961; que cotizó al ISS entre el 12 de noviembre de 1981 y el 31 de julio de 1994; que en el mes de julio de 1994, se afilió a la AFP Colfondos, para lo cual dicha sociedad le indicó que el ISS iba a desaparecer, así como que en el RAIS podía pensionarse a cualquier edad, en un monto igual al que tendría derecho al RMPD; que la AFP Colfondos no le informó sobre la naturaleza y las características del RAIS, como tampoco le indicó las consecuencias, ventajas y desventajas que implicaba suscribir el formulario de afiliación a dicho régimen; que en el mes de febrero de 2000 se vinculó a la AFP Protección; que en el mes de abril de 2003, se afilió a la

AFP Porvenir S.A.; que en el mes de diciembre de 2007 se trasladó a la AFP OLD Mutual S.A.; que en el mes de mayo de 2008, regresó a la AFP Protección; que a la fecha acredita un poco más de 1.500 semanas; que solicitó ante las AFP Colfondos y Porvenir la anulación y/o ineficacia de su afiliación al RAIS, peticiones que fueron resueltas de manera desfavorable a sus intereses; que petitionó ante Colpensiones la activación de su afiliación, como consecuencia de la nulidad de su traslado al RAIS, no obstante, dicha petición no fue contestada por la entidad en mención.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que fue el demandante quien, por decisión propia, solicitó su traslado y suscribió los respectivos formularios, en los cuales no se evidencia ningún vicio del consentimiento. Agregó que el actor realizó múltiples traslados entre AFP, además, al 1º de abril de 1994, no era beneficiario del régimen de transición, ni tampoco contaba con una expectativa legítima, de suerte que no se le ha vulnerado ningún derecho pensional en razón de su traslado. Finalmente, señaló que era deber del convocante verificar la conveniencia o no de su traslado, así como las ventajas y desventajas del nuevo régimen pensional, con la finalidad de verificar que no se vería afectado su futuro pensional. Propuso como excepciones de mérito las de error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica. (fols. 167 y s.s.).

4. Contestación de la AFP OLD Mutual en calidad de litis consorcio necesario. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que el traslado del actor al RAIS se efectuó a través de la AFP Porvenir y no con OLD Mutual, por manera que al vincularse a esta última ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes del régimen en mención. Agregó que el acto jurídico celebrado con el actor es totalmente válido, cumplió con los requisitos legales, y carece de algún tipo de nulidad, sea relativa o absoluta. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago y la genérica. (fols. 305 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la parte actora no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad de la afiliación. Agregó que la nulidad pretendida por el demandante no puede ser otra que una nulidad relativa, y en especial, la existencia de un vicio en el consentimiento, precisando que en el presente caso se dieron varias asesorías al actor, por lo que no se puede establecer que hubo una omisión por parte de la AFP. Finalmente, dijo que el convocante se afilió de manera válida al RAIS y se trasladó de AFP en múltiples ocasiones, sin que existiera ningún tipo de elemento o vicio del consentimiento, el cual tampoco es probado por el actor. 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. (fols. 213 y s.s.).

6. Contestación de la AFP Colfondos. Contestó la demanda allanándose a la ineficacia o nulidad de traslado y se opuso a la solicitud de condena en costas. Indicó que una vez revisada la documentación interna de la AFP se pudo establecer que no

se cuenta con una proyección de cálculo actuarial efectuado a la parte demandante, que pueda demostrar que se le asesoró, brindándole la información matemática que le permitiera establecer un comparativo de mesada entre ambos regímenes. No propuso excepciones de mérito. (fols. 199 y s.s.).

7. Contestación de la AFP Porvenir en calidad de Litis consorcio necesario.

Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no se logra evidenciar soporte alguno de la existencia de los supuestos de hecho que permitan acreditar error, fuerza o dolo, más aun cuando es evidente que el actor tenía pleno conocimiento de las características, condiciones, ventajas y desventajas del RAIS, en tanto realizó múltiples traslados horizontales entre administradoras de fondos de pensiones, precisando que en lo que respecta a Porvenir fue debidamente informado por el asesor comercial de manera verbal al momento de su vinculación. Adujo que cumplió cabalmente con la obligación de dar información al actor, en los términos y condiciones en que esa obligación estaba establecida para la fecha del traslado de régimen pensional. Finalmente, señaló que el actor también tenía el deber de informarse sobre el acto jurídico de traslado de régimen pensional y sus consecuencias. 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. (fols. 350 y s.s.).

8. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 4 de septiembre del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante el 26 de julio de 1994, por intermedio de la AFP Colfondos, asimismo, declaró válidamente vinculado al demandante al RPMPD como si nunca se hubiera trasladado; condenó a la AFP Protección, a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del convocante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. (CD fol. 453).

La decisión de la Juez se basó en que la trasgresión del deber de información genera la ineficacia del traslado del régimen pensional y no su nulidad, como se peticiona en la demanda. Agregó que de acuerdo con la ley y la jurisprudencia de la CSJ, es deber de las AFP garantizar una información libre y suficiente que les permita a los afiliados conocer las distintas opciones del mercado y la que mejor que se ajuste a sus intereses, los cual debe ser demostrado por dichas sociedades, indistintamente de que aquéllos sean o no beneficiarios del régimen de transición.

Indicó que en el presente caso, Colfondos se allanó a las pretensiones de la demanda, por manera que aceptó el hecho que al demandante no se le brindó información sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional, siendo claro que no se cumplió con el deber legal del que se viene hablando, el cual se reitera, debe atenderse ante el afiliado a pesar de no tener un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional, circunstancia que en todo caso no se subsana con los distintos traslados realizados entre AFP.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP Protección. Formuló recurso de apelación indicando que no es procedente la condena que se impone por los gastos de

administración, dado que esa comisión es la que se cobra por la administración de los aportes de la cuenta de ahorro individual del afiliado, por autorización del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, aplicable en ambos regímenes pensionales.

Añadió que la administración de los aportes de la parte actora se ha hecho con la mayor diligencia y cuidado, en tanto Protección es una sociedad experta en este tipo de gestión, que se evidencia en los buenos rendimientos que reposan en la cuenta del demandante, por lo que no resulta procedente la devolución de una comisión ya causada.

Dijo que el artículo 1746 del C.C. habla de los efectos de la nulidad, que también son aplicables a la ineficacia de traslado, establece que deben respetarse las restituciones mutuas surtidas a lo largo de la relación contractual, de suerte que no se debe desconocer que el bien administrado produjo unos frutos y unas mejoras, como lo son los rendimientos de la cuenta de ahorro individual, a cambio de la comisión de la AFP.

Indicó que, si se aplica estrictamente la restitución de las cosas al estado inicial, el afiliado debe devolver los rendimientos financieros y la AFP retornar el valor de la comisión, lo cual no resulta procedente, siendo importante considerar lo que al respecto se indicó en la sentencia 31.989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Eduardo López Villegas.

Finalmente, señaló que la devolución de los gastos de administración constituye un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones en detrimento del patrimonio de la AFP.

6.2. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que conforme a la Ley 100 de 1993, para la época del traslado, esa decisión libre y espontánea solo se debía consignar a través de la suscripción del formulario de afiliación.

Indicó que si bien Colfondos se allanó a las pretensiones, ello no quiere decir que aceptó no haber brindado la información al convocante, ya que ese allanamiento en realidad lo fue sobre el hecho que la AFP no cuenta con una documentación distinta al formulario de afiliación para probar que se cumplió con ese deber por parte de la AFP, lo cual se explica porque no había obligación diferente a suscribir dicho formulario, para probar que se suministró la debida asesoría al momento del traslado.

Adujo que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre el actor y la AFP, motivo por el cual no puede verse perjudicada por dicho acto. Asimismo, indicó que hasta el año 2016 los fondos contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, motivo por el cual imponer la carga de la prueba a los mismos, constituye una exigencia adicional que no se encuentra prevista en la ley.

Manifestó que se evidencia una interpretación errónea del artículo 1604 del C.C., dado que la CSJ invierte la carga de la prueba, en tanto no exige al actor aportar soporte alguno que permita demostrar el vicio al momento del traslado y obliga a la AFP asumir esa carga probatoria.

Finalmente, sostuvo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión proferida por el Juzgado, porque se genera o se afecta el equilibrio financiero del sistema, máxime que el afiliado no puede trasladarse cuando le falten 10 años o menos para pensionarse, prohibición establecida en la ley a fin de proteger el fondo común del RPMPD.

7. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Solicitó no agravar las condenas impuestas en el fallo de primera instancia, como quiera que no presentó recurso de apelación.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que el Juez de primera instancia al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, se fundamentó en la falta al deber de información que tenía la AFP COLFONDOS S.A. al momento de la suscripción del formulario de afiliación, omitiendo que para esa fecha julio de 1994, era la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, según la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, suscrito y firmado por el demandante. Así mismo, acotó que para la fecha de la suscripción y firma del formulario (julio de 1994), no existían la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación para las AFP de una doble asesoría a sus afiliados. Finalmente, insistió que tampoco 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 de régimen.

9. Alegatos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Indicó que en el presente asunto no es procedente que se ordene la devolución de lo que descontó por comisión de administración, toda vez que se trata de comisiones ya causadas durante la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual del demandante, descuentos realizados conforme a la ley y como contraprestación a una buena gestión de administración, como es legalmente permitido frente a cualquier entidad financiera.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (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) ¿Las AFPs privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (vii) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (viii) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JORGE ARTURO BURGOS MORA, cotizó al ISS entre el 11 de noviembre de 1981 y el 26 de marzo de 1992, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fols. 187 y s.s.); que el 26 de julio de 1994, firmó el formulario de afiliación a la AFP Colfondos (fol. 26); el 18 de febrero de 2000 se afilió a la AFP ING hoy Protección (fol. 274); el 19 de febrero de 2003 firmó el formulario de afiliación a la AFP Porvenir (fol. 373); el 12 de octubre de 2007 firmó el formulario de afiliación a la AFP Skandia hoy Old Mutual (fol. 313); el 22 de mayo de 2008, firmó el formulario de afiliación a la AFP Protección (fol. 232), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión del demandante.

Carga probatoria y deber de Información

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente

y objetivamente verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

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

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

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

Nótese en este punto que como lo indicó el Juzgado, Colfondos se allanó a las pretensiones de la demanda, y señaló claramente en su contestación que la sociedad no cuenta con los soportes de la asesoría comercial efectuada para la época al demandante, de lo cual es evidente que la AFP ha aceptado que no cuenta con ningún medio de convicción para demostrar el cumplimiento del deber de información que la ley le impuso para con el señor Burgos Mora.

Formulario de afiliación

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

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

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

Por tanto, la AFP 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 se constató en el presente caso.

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por Colpensiones en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la litis no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consunción jurídica, retrotroar las cosas al estado anterior a la afiliación al mismo.

Por lo anterior, tampoco tiene aplicación lo definido por la Corte Constitucional en la sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, dado que en dichas decisiones la Alta Corporación abordó el tema de la procedencia del traslado de regímenes en cualquier tiempo, para los beneficiarios del régimen de transición, frente a quienes no existía discusión sobre la validez de su afiliación al RAIS.

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

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

Conforme a ello, no resulta atendible lo indicado por Protección sobre este aspecto y habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, pues el Juzgado no impuso condena por los conceptos aludidos sobre las AFP Porvenir, Colfondos y OLD Mutual.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Excepción de prescripción

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

En 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 4 de septiembre de 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR, a la AFP COLFONDOS y a la AFP Old Mutual a trasladar a COLPENSIONES lo que hayan deducido por concepto de gastos de administración y comisiones mientras el demandante permaneció afiliado a dichas sociedades, lo cual deberán asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dinero.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

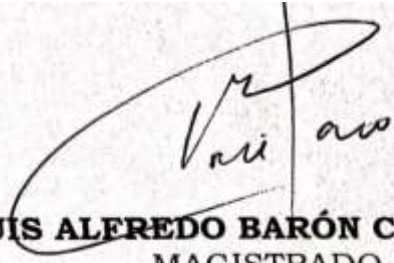
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO 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: **MAGDALENA GANTIVA ARIAS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **11001-31050-06-2019-00956-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA CONDENATORIA**
TEMA: **INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE LA PENSIÓN DE VEJEZ**

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MAGDALENA GANTIVA ARIAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que declare la nulidad de la Resolución GNR 346731 del 2 de octubre de 2014, confirmada por las Resoluciones GNR 24354 del 4 de febrero de 2015 y VPB 48191 del 10 de junio de 2015, mediante la cual se le negó el reconocimiento y pago de una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, y en consecuencia, se le conceda dicha prestación desde el 24 de octubre de 2005, con los reajustes legales, los intereses moratorios, la indexación y las costas del proceso (fols. 5 y s.s).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que cotizó para seguridad social-pensión entre el 1º de febrero de 1975 y el 30 de junio de 2004, para un total de 10 años, 5 meses y 9 días; que solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, la cual le fue negada por Colpensiones mediante la Resolución GNR 346731 del 2 de octubre del 2014, la cual fue confirmada mediante la Resolución GNR 24354 del 4 de febrero del 2015 y la Resolución VPB 48191 del 10 de junio de 2015.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 35); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que de conformidad con el artículo 128 de la C.P. y 19 de la Ley 4ª de 1992, ninguna persona en el territorio nacional puede desempeñarse en más de un cargo público, ni devengar o recibir más de una

asignación que provenga del tesoro público, por tanto, la actora no tiene derecho a la indemnización que reclama, porque la misma es incompatible con la asignación que le fue reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Fiduciaria la Previsora. Propuso como excepciones de fondo las de cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, inexistencia del derecho reclamado y la genérica. (fols. 36 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de noviembre del 2020, en la cual el Juzgado condenó a Colpensiones a pagar a favor de la actora la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en valor de \$9.293.563, junto con la indexación a partir del 26 de mayo de 2014 hasta que se produzca el pago; absolvió de las demás pretensiones; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a la demandada. (CD fol. 158).

Como sustento de su decisión indicó que la demandante el 24 de octubre de 2007, arribó a la edad de 57 años prevista en el artículo 8º de la Ley 797 de 2003, modificatorio del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, y acredita 959,75 en el sector privado entre el 1º de febrero de 1975 y el 30 de junio de 2004, precisando que dicha densidad de semanas es inferior a las 1.275 exigidas para acceder a la pensión de vejez para el año 2014, en el cual se elevó la solicitud de reconocimiento de la indemnización aquí deprecada.

En ese orden, indicó que la parte convocante cumple con los requisitos legales para acceder a la indemnización sustitutiva, en virtud de lo previsto del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1730 de 2001 modificado por el Decreto 4640 de 2005.

Precisó que los intereses moratorios reclamados no son procedentes, por cuanto los mismos se generan en razón a la mora en el pago de las mesadas pensionales, lo cual no se corresponde con el caso bajo análisis.

Finalmente, sostuvo que el artículo 31 del Decreto 692 de 1994 consagró la posibilidad de que los profesores afiliados al FOMAG reciban remuneraciones del sector privado y tengan derecho a que la totalidad de los aportes y los descuentos para pensiones se administren en el mencionado fondo, o en cualquiera de las administradoras del RPMPD o del RAIS, evento en el cual les son aplicables al afiliado la totalidad de las condiciones vigentes, como así lo ha establecido la CSJ, por manera que 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 efecto que, al cumplimiento de las exigencias previstas en el régimen, este acceda a las prestaciones propias.

5. Impugnación y límites del ad quem. Colpensiones impugnó la decisión solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia, señalando que al verificar el aplicativo de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, se observa que a la demandante le fue otorgada una pensión de jubilación por el FOMAG, precisando que el artículo 128 de la Constitución Política señala que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público, ni recibir más de una asignación que provenga del erario, lo cual también se consagra en el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, en tanto dispone que todos los tiempos laborados o cotizados en el sector público y los cotizados serán utilizados

para la financiación de la pensión, de manera que ningún tiempo que se incluye para el reconocimiento de la pensión podrá ser objeto de indemnización sustitutiva.

Lo anterior, porque a juicio de la encartada procede la expedición de un bono pensional que debe entregarse a la entidad pagadora de la pensión, lo cual también coincide con lo estipulado en el artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y lo definido en el concepto no. 1459 de 2009 de la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, siendo entonces incompatible la prestación reconocida por el Juzgado, con la que actualmente goza la demandante.

6. Alegatos Demandante. Arguyó en su escrito que es un hecho demostrado que los aportes realizados por la entidad demandada, no fueron tenidos en cuenta para el otorgamiento de la pensión de jubilación por el Fondo Prestacional de Magisterio de Bogotá, por lo que la no devolución de los aportes, sería una causal de enriquecimiento sin causa del Estado, por lo que solicita se confirme la decisión de primer grado.

7. Alegatos Colpensiones. Refirió que a la demandante le fue otorgada pensión de vejez por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, por tal razón, al encontrarse gozando de dicha prestación económica, jurídicamente no procede un reconocimiento simultaneo de otra prestación a cargo del tesoro público, por lo que es legalmente incompatible, máxime que los aportes pensionales sirven de sustento para el financiamiento de la pensión que actualmente disfruta.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez pretendida por la actora y la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo Nacional de prestaciones Sociales del Magisterio?

Calidad de pensionada de la actora y cotizaciones al ISS.

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 02359 del 12 de julio de 2001, el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor de la señora Magdalena Gantiva Arias, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 25 de octubre del 2000, en cuantía inicial de \$1.113.144, por los 20 años de servicios prestados como Docente de Vinculación Nacional. (fols. 90 y s.s.).

Conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones (fol. 52) se observa que, la actora se afilió al RPMPD el 1º de febrero de 1975, dentro del cual realizó sus aportes a través del Colegio de Nuestra Señora de la Sabiduría y mediante otro empleador que figura "SIN RAZÓN SOCIAL", que entiende la Sala no se corresponde con el FOMAG, por cuanto se tratan de aportes efectuados desde el 1º de julio de 2002,

es decir, después de reconocida la pensión de jubilación a favor de la actora, para un total de 539,75 semanas de cotización. (fols. 52 y s.s.).

De la incompatibilidad de la indemnización de la pensión de vejez reclamada por la accionante con su pensión vitalicia 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 a la actora 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 estableció 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 a la demandante en calidad de docente oficial y la indemnización sustitutiva que ésta pretende, 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, contrario a lo aducido por Colpensiones.

Y es que 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 la demandada desconocer el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, bajo el argumento de que la actora ya cuenta con una pensión concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, 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 encargó 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.

Igualmente, en dicho concepto se esclarece si los docentes que vinculen 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, norma que es reglamentada por dicho decreto.

Finalmente, ha de señalarse que aunque el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, establece que todos los tiempos laborados al sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, ha de indicar la Sala que dicha norma tiene alcance en relación con la prestación 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 la actora a Colpensiones deben ser considerados para financiar la prestación que le fue otorgada por su calidad de docente oficial, quien como se dijo, se encuentra exceptuada 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.

Del cumplimiento de los requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

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 la demandante cumplió los 57 años de edad exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, el 24 de octubre de 2007, como se observa de la copia de la cédula de ciudadanía obrante en el expediente administrativo (CD fol. 47) y al revisar la historia laboral visible a folio 52 aparece que únicamente alcanzó a cotizar 539,75 semanas en toda su vida laboral, siendo claro que no reunió las 1.250 que exige dicha norma para la anualidad en que reclamó el derecho, esto es, el año 2014; además, elevó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva, junto con la declaración de no poder continuar cotizando al Sistema General de Pensiones, el 26 de mayo de 2014, como se observa de la petición obrante en el expediente administrativo (CD fol. 47), 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 3º 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 \$7.908.505, 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 el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, con la manifestación de que no podía continuar cotizando al Sistema, como se dijo con anterioridad, por manera que se modificará el valor definido por el Juzgado, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones.

- ***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, desde la fecha en que se hizo exigible, por manera que el Juzgado acertó en su decisión sobre este aspecto.

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

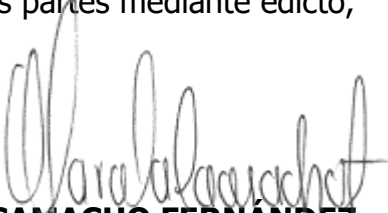
RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR la sentencia proferida el 13 de noviembre de 2020, por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, únicamente en relación con el valor de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida a la demandante, el cual corresponde a \$7.908.505.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO. SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PEDRO BUITRAGO CASTELLANOS
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-21-2020-00030-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA
TEMA: PENSIÓN DE INVALIDEZ

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SHARON CATALINA CASAS BUCHAR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. PEDRO BUITRAGO CASTELLANOS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde el 26 de septiembre de 2017, junto con el retroactivo pensional, los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que en dictamen del 5 de octubre de 2018, proferido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, le fue determinada una PCL del 70,27%, con fecha de estructuración del 26 de septiembre del 2017; que solicitó ante la encartada el reconocimiento y pago de la pensión de invalidez, la cual le fue negada mediante la Resolución SUB 64551 del 2019, bajo el argumento que no acredita 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, acto administrativo que fue confirmado por las Resoluciones SUB 96155 y DPE 3994 del 2019; que cotizó para el riesgo de pensión hasta el 30 de septiembre de 2015, no obstante, el Estado no pagó los aportes correspondientes a los ciclos de mayo, agosto y septiembre de dicha anualidad; que Colpensiones en comunicación del 19 diciembre de 2019, reconoció la existencia de

dicha deuda, además, Fiduagraria certificó que estuvo afiliado al programa Subsidio al Aporte en Pensión entre el 1º de septiembre de 2000 y el 30 de septiembre de 2015.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Esta fue notificada en debida forma (fol. 40); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.

Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones invocadas en su contra, argumentando que el actor dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, calificada en el 70,27%, solo cotizó 40 semanas. Igualmente, adujo que el convocante no acredita los requisitos definidos por la CSJ para dar aplicación del principio de la condición más beneficiosa. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (CD fol. 45).

4. Fallo de Primera Instancia.

Terminó la instancia con sentencia del 20 de noviembre de 2020, mediante la cual el Juzgado condenó a Colpensiones a reconocer y pagar al accionante una pensión de invalidez, desde el 26 de septiembre de 2017, en cuantía de un SMLMV, por 13 mesadas al año, con el correspondiente retroactivo pensional y los reajustes legales; igualmente, condenó a la convocada a pagar los intereses moratorios a partir del 10 de abril de 2018, sobre las mesadas pensionales causadas desde el 26 de septiembre de 2017 y hasta que se efectúe su pago; autorizó a Colpensiones a realizar los descuentos en salud sobre el retroactivo pensional, declaró no probadas las excepciones propuestas por la demandada y le condenó en costas. (CD fol. 52).

Su decisión se basó en que, si bien de la historia laboral expedida por Colpensiones se observa que el actor cotizó 39,28 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, lo cierto es que, en los ciclos de mayo, agosto y septiembre de 2015 se registra deuda por falta de pago del subsidio por parte del Estado, lo cual es ratificado por Colpensiones en oficio de fecha 29 de diciembre de 2019.

Por tanto, adujo que, conforme a lo definido por el precedente jurisprudencial de la CSJ, las presuntas deudas del Estado no pueden perjudicar al afiliado máxime cuando no existen noticias de los motivos de esa omisión, ni tampoco el cumplimiento por la administradora sobre la obligación que tenía de informar de la supuesta falta de pago del aporte que el demandante tenía que cancelar.

En ese orden, concluyó que al estar acreditado que el demandante se afilió al fondo de solidaridad pensional entre los años 2009 y 2015, se contabilizarán los períodos que reportan mora por parte el Estado, quedando a cargo de la encartada los trámites internos para subsanar dicha situación, lo cual genera como consecuencia el reconocimiento pensional, en la medida que la inclusión de esos ciclos permite corroborar por parte del demandante más de 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, en cuantía de un salario

mínimo legal mensual vigente, como quiera que sus cotizaciones no superan dicho monto.

Adujo que son procedentes los intereses moratorios, porque a Colpensiones no le era dable negar la pensión aduciendo la mora del Estado, de suerte que los mismos corren pasados 4 meses desde que se hizo la reclamación, esto es, el 10 de abril del 2019, hasta la fecha de pago. Agregó que dichos intereses, excluyen la condena por concepto de indexación.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte **demandada** interpuso recurso de apelación argumentando que la condena en costas impuesta por el Juzgado representa un detrimento patrimonial para la entidad.

Igualmente, dijo que en la sentencia SL061-2020 se indicó que es responsabilidad del afiliado o beneficiario solicitar los aportes realizados por el Consorcio Mayor, por lo que no es procedente el reconocimiento de los intereses moratorios.

Finalmente, dijo que así el afiliado ostente o no la calidad de independiente, tiene derecho a los intereses desde la fecha en *"que se reconoce la pensión de invalidez."* (C.D. fol. 52).

6. Alegatos Colpensiones: Refirió en su escrito que el demandante el demandante acreditó un total de 6.305 días laborados, correspondientes a 900 semanas y que según dictamen realizado, se le calificó una pérdida del 70.27% de su capacidad laboral estructurada el 26 de marzo de 2012 mediante dictamen No: 201333676BB del 27 de noviembre de 2013, sin embargo, cuenta con 12 semanas cotizadas en los últimos tres (3) años anteriores a la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral es decir en el periodo comprendido entre el 1 de enero de 1994 al 31 de julio de 2015, no cumpliendo con el requisito legal de 50 semanas para el reconocimiento de la prestación. Solicitó que en caso de que la Sala confirme la providencia objeto de alzada, se revoquen los intereses moratorios, retroactivos y valores indexados, toda vez que actuó de buena fe y conforme a derecho.

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 su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿El demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez que reclama?; (ii) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al acceder al reconocimiento y pago de los intereses moratorios? y (iii) ¿Debe ser revocada la condena en costas impuesta en contra de Colpensiones?

Del dictamen de pérdida de capacidad laboral del actor

Se encuentra acreditado que mediante dictamen del 5 de mayo del 2018, la Junta Regional de Calificación Invalidez de Bogotá y Cundinamarca determinó que el demandante presenta una pérdida de capacidad laboral del 70,87%, por enfermedad de origen común, la cual se estructuró el 26 de septiembre de 2017, siendo los diagnósticos objeto de calificación los siguientes: Diabetes Mellitus no insulino dependiente con complicaciones renales, gastritis crónica no especificada, hiperplasia de la próstata, hipertensión esencial (primaria), hipotiroidismo subclínico por deficiencia de yodo, insuficiencia renal crónica no especificada, mal oclusión de tipo no específico, pérdida de dientes debida a accidente, extracción, o enfermedad periodontal y tumor maligno del riñón. (fols. 10 y s.s.).

De la norma aplicable

Sobre la normatividad llamada a regular el caso, en múltiples oportunidades la CSJ ha destacado que por regla general la norma que gobierna el asunto es la vigente al momento de la estructuración de la invalidez (sentencia SL3161-2020), que para el caso corresponde a los artículos 38 y 39 de la Ley 100 de 1993, modificado éste último por el artículo 1º de la Ley 860 del 2003, normas que exigen como requisitos para acceder a la prestación reclamada que: (i) la persona tenga una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 50%, y (ii) haya cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

Del derecho que le asiste al demandante

En el presente caso se encuentra acreditado que el actor cuenta con una pérdida de capacidad laboral superior al 50%, como así lo dispone la norma mencionada, pues según se indicó, presenta una pérdida de capacidad laboral del 70,87%, por enfermedad de origen común.

En lo que se refiere al número de semanas cotizadas, encuentra la Sala que de acuerdo al reporte de semanas cotizadas en pensiones allegado por la convocada, el actor cotizó dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez, esto es, entre el 26 de septiembre de 2014 y el 26 de septiembre de 2017, un total de 39,14 semanas (CD fol. 45), por lo que en principio podría pensarse que el demandante no cuenta con la densidad de semanas preestablecida para acceder al derecho pensional que reclama.

No obstante, como se advierte en el escrito de demanda y lo indicó el Juzgado de primera instancia, el actor entre el 1º de septiembre del 2000 y el 30 de septiembre del 2015, presentó afiliación al Programa de Subsidio al Aporte en Pensión del Fondo de Solidaridad Pensional, lo cual se constata en certificación expedida por Fiduagraria (fol. 19), siendo importante destacar además, que los aportes realizados por este para los ciclos de mayo, agosto y septiembre de 2015, no fueron contabilizados por la encartada, porque los mismos presentaron "*Deuda por no pago del Subsidio del Estado*", tal como se observa en la historia laboral del actor que obra en el expediente administrativo (CD fol. 45).

Esa deuda, se encuentra claramente reconocida por Colpensiones, porque en la Resolución DPE 3994 del 5 de junio del 2019, la encartada indicó: "*se le indica al*

solicitante que los tiempos que registran la observación de "deuda por no pago del subsidio por el estado" corresponde a los meses de 201505, 201508 y 201509 y los mismos serán regularizados en la historia laboral por parte de la entidad en el momento que se surta el trámite respectivo" (fol. 29).

En ese orden, considera la Sala que los períodos en mora deben ser sumados al número de semanas cotizadas por el demandante dentro de los 3 años anteriores a la estructuración de su invalidez, porque conforme lo ha expresado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL17912-2016, la administradora de pensiones no puede aplicar una sanción, como la de no considerar los aportes del afiliado, sin que hubiere adelantado diligencia alguna para notificarle de la supuesta irregularidad en el pago de sus aportes, a quien además, debe garantizársele su derecho de contradicción y de defensa.

Conforme a lo anterior, y al hacer un nuevo conteo de semanas que incluyan los períodos no considerados por Colpensiones que equivalen a 12,85 semanas, se obtiene un total de 52 semanas, dentro del período anteriormente mencionado, por lo que es claro que el actor sí acredita los requisitos para acceder al derecho pensional reclamado, no existiendo duda para la Sala que acertó el Juzgado al reconocer el mismo a favor del convocante, desde el 26 de septiembre de 2017, fecha en que se estructuró la invalidez.

De la cuantía de la pensión de invalidez

Sobre este aspecto, baste con advertir que la falladora de primera instancia determinó como valor de la primera mesada pensional, el equivalente al SMLMV, el cual no está llamado a ser modificado, dado que este se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones y se trata del monto mínimo establecido en la Ley 100 de 1993. Igual sucede con el número de mesadas reconocidas por el Juzgado, esto es, 13 al año, en la medida que el derecho se causó con posterioridad al 31 de julio de 2011, conforme a los términos del Acto Legislativo 001 de 2005.

Prescripción

En el presente caso el derecho reclamado se causó el 26 de septiembre de 2017; además la solicitud de la prestación aquí discutida data del 10 de diciembre de 2018, como da cuenta la Resolución SUB 64551 del 15 de marzo de 2019 (fols. 21 y s.s.), y se advierte que la demanda fue radicada el 22 de enero de 2020, como informa el acta individual de reparto (fol.37), por tanto, es claro que en los términos del artículo 151 del CPT y de la SS, así como del artículo 488 del CST, no operó la prescripción sobre las mesadas pensionales causadas a favor del convocante.

Retroactivo

De conformidad con el art. 283 del CGP la Sala debe determinar la condena, encontrando una vez realizadas las operaciones aritméticas que, la demandada adeuda al demandante la suma de \$35.382.323,27, por las mesadas causadas entre el 26 de septiembre de 2017 y el 31 de diciembre de 2020. Y deberá pagar las mesadas que se causen hasta la inclusión en nómina de la prestación.

RETROACTIVO PENSIONAL CAUSADO ENTRE EL 26 DE SEPTIEMBRE DE 2017 Y EL 31 DE DICIEMBRE DE 2020			
AÑO	VALOR MESADA	NO. MESADAS	SUBTOTAL
2017	\$ 737.717,00	4,133333333	\$ 3.049.230,27
2018	\$ 781.242,00	13	\$ 10.156.146,00
2019	\$ 828.116,00	13	\$ 10.765.508,00
2020	\$ 877.803,00	13	\$ 11.411.439,00
Total			\$ 35.382.323,27

Intereses moratorios

Sea lo primero recordar, que de conformidad con el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 1º de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectúe el pago.

En ese orden, encuentra la Sala que contrario a lo indicado en la alzada, en el presente caso sí es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, pues la entidad demandada se encuentra en mora de reconocer y cancelar la pensión de invalidez del convocante, a pesar que la misma se causó desde el 26 de septiembre de 2017, y porque si bien, el actor presentó unos períodos en mora, nótese que ello lo fue por la falta de pago del subsidio del Estado, lo cual debió ser informado por parte de la administradora de pensiones, para que dicha irregularidad fuere subsanada, como así se indicó con anterioridad, siendo importante advertir que en la sentencia citada en la impugnación, esto es, la SL 061-2020, nada se discute en relación con el tema aquí analizado, porque en la situación allí planteada no se advierte que el afiliado haya efectuado sus cotizaciones a través del Fondo de Solidaridad Pensional, y tampoco se habla sobre las deudas que se reporta en la historia laboral por parte del Estado.

Así las cosas, debe indicarse que en cuanto al término que tiene Colpensiones para reconocer la pensión de invalidez, 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 el demandante le solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión de invalidez el 10 de diciembre de 2018, fecha a partir de la cual se contabiliza el término de 4 meses que tenía para reconocer la prestación, es decir, que tenía hasta el 10 de abril del 2019 y como no lo hizo, comienzan a correr los intereses moratorios desde el 11 de abril de la misma anualidad; teniendo en cuenta que la falladora de primera condenó al pago de los intereses moratorios desde el 10 de abril de 2018, se modificará su decisión.

De las costas impuestas en primera instancia a Colpensiones

Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que la accionada se

opuso a las pretensiones de la demanda y se le impartió una condena en su contra, 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

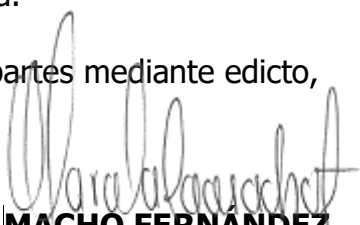
PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, en el sentido de condenar a Colpensiones a pagar al demandante la suma de \$35.382.323,27, por las mesadas causadas entre el 26 de septiembre de 2017 y el 31 de diciembre de 2020. Y deberá pagar las mesadas que se causen hasta la inclusión en nómina de la prestación.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 20 de noviembre de 2020 por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia, en el sentido de condenar a Colpensiones a pagar al demandante los intereses moratorios, a partir del 11 de abril del 2019, sobre las mesadas pensionales causadas desde el 26 de septiembre de 2017, y hasta que se efectúe el pago de cada una de ellas.

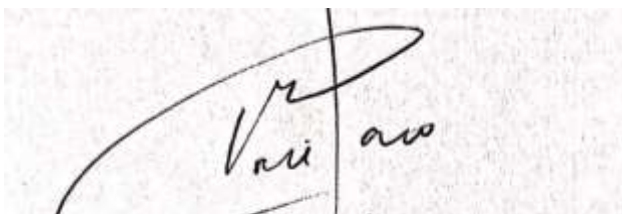
TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

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: HERLINDA OLMOS SUÁREZ
DEMANDADO: COLPENSIONES – AFP PORVENIR S.A.-AFP PROTECCIÓN S.A.-AFP COLFONDOS
RADICACIÓN: 11001-31050-29-2019-00188-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-AFP PORVENIR-COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. OLGA BIBIANA HERNÁNDEZ TÉLLEZ, identificada en legal forma, como apoderada de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en Escritura Pública 1185 del 8 de noviembre de 2018.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. HERLINDA OLMOS SUÁREZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PORVENIR S.A. y la AFP PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS. Como consecuencia, se ordene a las AFP accionadas a trasladar a Colpensiones la totalidad del dinero que se encuentre depositado en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros y bonos pensionales; se ordene a Colpensiones a recibirla sin solución de continuidad; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas procesales. (fols. 26 y s.s.; fols. 37 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 8 de diciembre de 1956; que a 1º de abril de 1994, contaba con más de 35 años de edad; que el 28 de mayo de 1996, se trasladó del RPMPD a la AFP Porvenir; que el 12 de noviembre de 1998 se trasladó a la AFP Protección; que el 28 de enero de 2002 se trasladó a la AFP Colfondos S.A.; que su decisión de traslado estuvo precedida de la suficiente ilustración por parte de la AFP a la que inicialmente se afilió, esto es, por parte de Porvenir S.A.; que solicitó ante las demandadas la nulidad su traslado al RAIS.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 71); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que la afiliación de la demandante tiene plena validez y legalidad, dado que no se probó ningún vicio del consentimiento. Adujo que el paso del tiempo saneó cualquier tipo de error que hubiere podido ocurrir, pues la demandante nunca dejó de cotizar y no se observa que durante 23 años haya presentado algún tipo de queja o reclamo en relación con su traslado de régimen pensional. 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, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 72 y s.s.).

4. Contestación de la AFP Colfondos. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. 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, 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. (fols. 98 y s.s.).

5. Contestación de la AFP Porvenir. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones que fueron formuladas en su contra, argumentando que no existe vicio alguno en el consentimiento expresado por la demandante para trasladarse de régimen pensional, pues por el contrario están dados los requisitos de ley para la validez de la selección realizada por esta. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fols. 117 y s.s.).

6. Contestación de la AFP Protección. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones. Adujo que el formulario de vinculación lo suscribió la actora en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dijo que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetándose el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o la

ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la genérica. (fols. 156 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de octubre del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia de la afiliación de la actora ante el Fondo de Pensiones Porvenir S.A. suscrita el 28 de mayo de 1996, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales, la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permanenció en el RPMPD; ordenó a Colpensiones a tener como afiliada a la actora en el RPMPD desde el 28 de mayo de 1996, ordenó a Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; condenó a Colpensiones a recibir de Porvenir todos los valores que hubiere percibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones y rendimientos, y actualizar su historia laboral.

Como sustento de su decisión indicó que en el proceso se encuentra acreditado que la actora actualmente está afiliada a la AFP Porvenir y en cuanto a su vinculación primigenia le dio valor probatorio a la certificación expedida por el SIAFP, en la cual se indica que la demandante anteriormente estuvo vinculada en Colpensiones, encontrándose así probado el traslado al RAIS.

Adujo que conforme a la línea jurisprudencial de la CSJ los beneficiarios del régimen de transición como la aquí demandante deben conocer todas las implicaciones que tiene el traslado de régimen pensional, como la pérdida del beneficio transicional, porque es deber de los fondos ilustrar a sus afiliados respecto de las características y condiciones de cada uno de los regímenes pensionales, precisando que la simple firma del formulario no es prueba suficiente de un consentimiento informado, y que la carga de la prueba en este tipo de cuestiones está en cabeza de las AFP, quienes se encuentran en la posición de acreditar que al momento de la afiliación se brindó al usuario esa información clara y suficiente.

Dijo que la AFP a la cual se trasladó la demandante no logró demostrar por ningún medio que se hubiese brindado esa asesoría al menos de manera general, tal como lo exige la jurisprudencia y la propia Ley 100 de 1993, para el año 1996, de manera que se encuentran reunidos todos los presupuestos para acceder a la ineficacia de traslado.

8. Impugnación y límites del ad quem.

8.1. Recurso de apelación parte demandante. Manifestó que debe fulminarse condena en costas, dado que las demandadas han formulado oposición, a excepción de Colfondos que desde el principio se allanó a las pretensiones de la demanda, en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS.

8.2. Recurso de apelación AFP Porvenir. Manifestó que en el caso no resulta aplicable la jurisprudencia de la CSJ porque de acuerdo con el material probatorio obrante en el proceso se puede establecer que la demandante no estuvo afiliada a Colpensiones con anterioridad al año 1996.

Resaltó que obra certificación de la entidad en mención emitida el 17 de marzo de 2017, en la cual se señala que en esta no reposa ninguna novedad relacionada con la

afiliación de la actora; igualmente, se allegó una historia laboral en la que se puede observar que la Fiscalía General de la Nación por error realizó aportes a la demandante desde 1996 y en distintos períodos con destino al RPMPD, los cuales fueron trasladados a las AFP del RAIS.

Indicó que, si bien en su interrogatorio de parte la demandante afirmó que hacia el año 1994 laboró para un abogado, quien presuntamente hizo su afiliación al ISS, no existe en el plenario formulario de afiliación o historia laboral que permita establecer pagos a Colpensiones con anterioridad a la fecha de afiliación a Porvenir, por lo que para todos los efectos legales debe tenerse como primera afiliación al Sistema la realizada por la convocante a la AFP en mención.

Adujo que no es de recibo considerar el historial de vinculaciones del SIAFP porque la información que reposa en dicha base de datos no puede ser considerada como una certificación, en la medida que son las AFP y las administradoras de pensiones, quienes dan fe de esa información.

De otro lado, señaló que el presente caso debió ser analizado teniendo en cuenta las condiciones especiales de la demandante quien ostenta la calidad de abogada, es decir que no estamos en presencia de un afiliado lego, además, se encuentra acreditada la voluntad de la demandante de vincularse al RAIS y trasladarse entre AFP, pues firmó los formularios de afiliación, los cuales debió revisar por virtud de su profesión.

Agregó que, conforme al interrogatorio de parte de la convocante, el motivo de su afiliación al RAIS, lo fue una situación netamente económica, lo cual no fue valorado por el Despacho; sumado a ello, su vinculación tuvo lugar en la sede de la Fiscalía sin intervención de los asesores de la AFP, estando obligada la sociedad a aceptarla como afiliada, conforme a las voces del artículo 112 de la Ley 100 de 1993.

Dijo que para el año 1996, no existía ninguna norma que conminara a las AFP a dar una información detallada y en los términos señalados por el Despacho, pues así no lo establecía el Decreto 663 de 1993, precisando que dicha obligación solo surgió hasta el año 2010, por manera que no es procedente declarar la ineficacia de traslado, y menos aun cuando no existe norma que así lo disponga, ya que se ha dado una inadecuada interpretación de los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, porque en ellas no se habla del deber de información.

Finalmente, señaló que los gastos de administración y las sumas previsionales para seguros de invalidez y sobrevivencia no deben ser motivo de devolución, en la medida que cumplieron su finalidad y generaron rendimientos para la demandante, lo cual implicaría que la AFP no tenga derecho al reconocimiento de su gestión, muy a pesar de que ello esté establecido en la ley; además, los seguros previsionales para invalidez y sobrevivencia siempre cubrieron a la demandante, pues la sociedad trasladó las respectivas sumas para el efecto, que por lo mismo no se encuentran en su poder.

6.3. Recurso de apelación Colpensiones. Manifestó que la afiliación de la convocante tiene plena validez y legalidad, dado que esta no demostró algunas de las causales de nulidad que son el error, la fuerza y el dolo, máxime que esta confesó que se vinculó a la AFP Porvenir y que existía su intención de trasladarse al RAIS, al cual ha pertenecido 23 años realizando aportes a distintas AFP.

Agregó que el paso del tiempo sana cualquier tipo de error que hubiere podido tener lugar, amén que la convocante nunca ha dejado de cotizar y durante estos años no ha presentado ningún tipo de queja o reclamo.

Finalmente, dijo que la parte actora se encuentra inmersa en la prohibición de que trata la Ley 797 de 2003, por faltarle 10 años o menos para cumplir la edad de pensión, de manera que en este momento no es procedente el traslado entre regímenes.

7. Alegatos Colpensiones. Arguyó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre la demandante y las AFP COLFONDOS y PROTECCIÓN S.A. es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales que conllevan a determinar que el traslado efectuado por la misma al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministró la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado al régimen de Ahorro Individual. Que tampoco se logró demostrar un vicio en el consentimiento.

8. Alegatos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Refirió que la demandante nunca estuvo afiliada al RPM, por lo que es claro que, no puede ser aplicada la línea jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia al respecto, ya que su vinculación no se dio con ocasión de un traslado de régimen, sino por el contrario, la demandante como selección inicial, se afilió al RAIS; situación que adujo no valoró en debida forma la juzgadora de primera instancia. Acotando que la afiliación efectuada al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación suscrito, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

9. Alegatos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Indicó que sus actuaciones siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, por cuanto a que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.; señaló que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo; que tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003 literal e); ni optó por regresar al RPM en el periodo o año de gracia otorgado por el art.1 del Decreto 38010 de 2003, a pesar de que esta prerrogativa fue ampliamente publicitada por las Administradoras de fondos de pensiones a través de Asofondos mediante aviso en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

estudiará en consulta a 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) ¿Se equivocó el Juzgado de primera instancia al tener probado que la vinculación inicial de la demandante lo fue al ISS hoy Colpensiones y que la afiliación a la AFP Porvenir constituyó un traslado? (ii) ¿La afiliación de la demandante al RAIS es ineficaz por omisión en el deber de información por parte de la AFP Porvenir? y (ii) ¿Las entidades demandadas deben ser condenadas en costas?

De la afiliación inicial de la demandante y su traslado al RAIS

Discute la AFP Porvenir que el Juzgado de primera instancia haya tenido por probado con base en la certificación del SIAFP que la demandante se vinculó por primera vez al Sistema a través del entonces ISS hoy Colpensiones, y que su vinculación a Porvenir se constituyó en un traslado de régimen pensional, cuando del material probatorio obrante en el proceso resulta claro que ésta última en realidad fue su vinculación inicial.

Sobre este aspecto, debe decirse que a folio 170 del expediente se observa certificación expedida por Colpensiones de fecha 3 de diciembre de 2018, en la cual se indica que la cédula de ciudadanía número 35315632, la cual corresponde a la demandante como se observa a folio 2, *"no está Registrado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM, administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES."*

Igualmente, se observa formulario de afiliación a la AFP Porvenir suscrito por la convocante el 20 de mayo de 1996, en el cual ésta refirió que su solicitud correspondió a la vinculación inicial (fol. 129); además, en su interrogatorio de parte manifestó que al ingresar a laborar a la Fiscalía General de la Nación, firmó solicitud de vinculación a la AFP Porvenir, y que con anterioridad a dicha relación laboral, prestó sus servicios a favor de un abogado, quien presuntamente la afilió al entonces ISS, porque él le dijo que se encargaría de todos sus derechos laborales (CD fol. 189).

De lo anterior, se observa en primer lugar que la actora no tiene claridad sobre la existencia de una afiliación al RPMPD con anterioridad a su vinculación al RAIS, y en segundo lugar, de la certificación expedida por Colpensiones y del formulario de afiliación a Porvenir, resulta claro que la convocante en realidad nunca ha pertenecido a Colpensiones y que su vinculación inicial lo fue en el RAIS a través de la AFP Porvenir.

Y es que si bien a folio 125 obra información SIAFP, en la que se indica que la actora se afilió el 28 de mayo de 1996 a la AFP Porvenir, y que su AFP de origen lo era Colpensiones, lo cierto es que dicho dato proviene de una base de datos que es administrada por el portal de ASOFONDOS, que no corresponde a la entidad certificadora del mismo, porque esa base se alimenta de la información que suministran las mismas entidades administradoras de fondos de pensiones. Por manera que, para esta Sala no es procedente darle mayor valor probatorio a esta documental, porque la entidad llamada a dar fe de la afiliación de la demandante al RPMPD que lo es Colpensiones, ha establecido que ello no ha tenido lugar, siendo claro que lo indicado en el SIAFP corresponde a una inconsistencia, que no debió ser considerada por el Juzgado de primera instancia.

Ahora bien, no desconoce la Sala que a folios 201 y s.s. obra historia laboral de Colpensiones que da cuenta de cotizaciones registradas en el número de cédula de la demandante, sin embargo, ha de decirse que las mismas corresponden a períodos posteriores a la vinculación inicial de la convocante al RAIS, pues nótese que como se dijo, esta tuvo lugar en mayo de 1996, y el registro del primer ciclo en Colpensiones data de junio de 1996, además, los ciclos allí consignados que se prolongaron hasta agosto de 2014, fueron devueltos al RAIS, específicamente a la AFP Porvenir, como se advierte de la documental obrante en el expediente administrativo (CD fol. 76), lo cual puede explicarse además, en un presunto error del empleador de la actora, esto es, la Fiscalía General de la Nación, quien sin afiliación a Colpensiones, realizó sus aportes a dicha administradora entre los años 2010 y 2014 (fols. 229 vuelto y s.s.).

Así las cosas, se tiene entonces que la demandante se afilió al sistema por primera vez a través de la AFP Porvenir, posteriormente, el 12 de noviembre de 1998, se afilió a la AFP Colmena hoy Protección (fol. 138); el 28 de enero de 2002, firmó el formulario de la AFP Colfondos (fol. 116), y finalmente, retornó a Porvenir, sociedad a la cual se encuentra actualmente vinculada como así lo certifica dicha entidad (fol. 129).

Aclarado lo anterior, procede entonces la Sala a establecer si la vinculación inicial de la demandante al Sistema General de Pensiones a través de la AFP Porvenir se torna ineficaz, por falta del deber de información, dado que en todo caso el Juzgado de primera instancia consideró que la misma no está llamada a surtir efectos y tanto Porvenir como Colpensiones en sus recursos de apelación, consideran que la misma es eficaz.

De la ineficacia de la afiliación de la demandante al RAIS

Previamente debe precisarse que si bien en la demanda se solicitó la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS, lo cierto es que debe considerarse que la misma se sustenta en la trasgresión del deber de información de la AFP que vinculó a la demandante a dicho régimen, de manera que resulta aplicable lo que la CSJ ha indicado en relación con las ineficacias de traslado, esto es, que el desconocimiento en el deber de información debe abordarse **desde su ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme a la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

En el presente caso, Porvenir esgrime que la jurisprudencia relacionada con el deber de información desarrollada por la CSJ no resulta aplicable al caso porque el acto jurídico de afiliación de la demandante a dicha sociedad no lo fue en virtud de un traslado, sino como vinculación inicial al Sistema General de Pensiones.

Pues bien, al respecto ha de decirse, que la Sala no comparte lo esgrimido en la alzada, porque las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente cierta y oportuna que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria, precedida en el respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del intereses general,

transparente y de buena fe de quien presta un servicio público, lo cual no solo debe ser cumplido en tratándose del acto jurídico de traslado, sino también de la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones.

Y ello es así porque, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 -que consagra las características del Sistema General de Pensiones- la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos por en dicha norma, es libre y voluntaria por parte del afiliado, precisando además, que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca ese derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la nueva ley de seguridad social.

Esta última norma, indica que el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades, además, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

En ese orden, si bien la CSJ ha adocinado sobre casos en los que se discuten los efectos de un traslado de régimen pensional, que la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone un conocimiento previo de las consecuencias de ese acto jurídico, lo cierto es que ello no sólo se debe circunscribirse al mentado traslado, sino también al acto de afiliación inicial, porque el mismo implica una selección de régimen, solo que en este evento, por primera vez, la cual como lo consagra la norma en mención, debe estar precedida del conocimiento del afiliado de la incidencia de su decisión sobre sus derechos prestacionales, indistintamente de su condición o de su formación profesional, dado que la ley no hace distinción al respecto, no siendo entonces competencia del intérprete hacer diferenciación alguna.

A lo anterior se suma que, el Decreto 663 de 1993, "Estatuto Orgánico del Sistema Financiero", aplicable a las AFP desde su creación, estableció en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *"suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*, por tanto, ese deber de información debe cumplirse también, cuando el usuario al afiliarse por primera vez al sistema, elige el RAIS.

En ese orden resulta también aplicable la teoría de la carga de la prueba sobre el cumplimiento de ese deber de información, el cual recae en la AFP, en primer lugar, porque la omisión en torno al mismo 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, quienes 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.

Esa carga probatoria, claramente no se encuentra cumplida en el presente caso, porque ningún medio de convicción obrante en el proceso da cuenta que a la convocante se le haya documentado o asesorado, sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de su afiliación al RAIS a través de la AFP Porvenir, lo cual en principio devendría en una ineficacia de ese acto jurídico.

No obstante, resulta importa señalar que, en el presente caso, dadas sus particularidades, la declaratoria de ineficacia de la afiliación resulta inviable; ello por cuanto, el efecto de tal declaración es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos.

Lo anterior, implicaría en el *examine* que la demandante pierda su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, a quien además debe restituírsele todo aquello que las distintas AFP a las cuales se vinculó, recibieran con ocasión a esa afiliación, y si bien en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, podría realizar nuevamente la afiliación libre y voluntaria, por ejemplo en Colpensiones si así lo desea, ello lo debe hacer a título de afiliación inicial, lo cual implica que debe comenzar desde cero a efectuar sus cotizaciones a dicha entidad, circunstancia que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez, y por ende, su derecho a la seguridad social, dado que en la actualidad ella cuenta con 64 años, conforme se deduce de la copia de su cédula de ciudadanía (fol. 2), es decir, que ya cumplió la edad mínima de pensión establecida para el RPMPD.

Y ello es así, porque la convocante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones, como quedó probado en el proceso, luego, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede traer como consecuencia el traslado de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual, con destino a Colpensiones; además, una orden como la que pretende la demandante, esto es, ordenar la remisión de sus aportes al actual administrador del RPMPD, incluidos sus rendimientos financieros y bonos pensionales, en el fondo representa un traslado puro y simple, que en el caso de la demandante no está permitido en los términos del artículo 2º de la Ley 797 de 2003, porque como se indicó, ya cumplió la edad mínima de pensión.

En este punto, debe resaltarse que el derecho a la Seguridad Social estatuido en el artículo 48 de la C.P., por encontrarse íntimamente relacionado con el trabajo humano, configura un régimen jurídico de orden público cuyos derechos y prerrogativas por mandato legal, son irrenunciables, imprescriptibles, que no pueden ser modificados por convenio entre particulares, de suerte que en aras de garantizar ese derecho fundamental a la aquí demandante, la Sala debe otorgarle plenos efectos a la afiliación que ésta efectuó por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, y en particular, a la AFP Porvenir, lo cual además implica que sus vinculaciones posteriores a la AFP Colfondos, a la AFP Protección y a la AFP Porvenir, tienen los mismos efectos.

Conforme a lo dicho, habrá de revocarse la sentencia impugnada, para en su lugar, absolver a las entidades demandadas de las pretensiones formuladas por la señora Herlinda Olmos Suárez.

Lo anterior, releva a la Sala de estudiar el problema jurídico relacionado con la imposición de costas en contra de las demandadas, como punto de apelación formulado por la parte demandante.

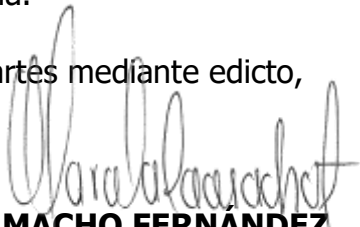
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

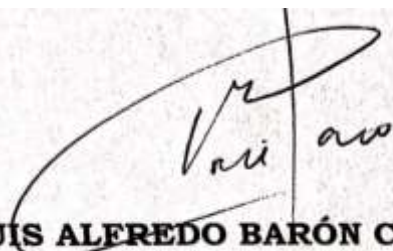
PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de octubre de 2020 por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, absolver a las entidades demandadas de las pretensiones formuladas por la señora Herlinda Olmos Suárez.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado


LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: SOL MARINA PEÑA BARRIOS
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN
RADICACIÓN: 1100131050-21-2018-00301-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C., veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. CINDY JULIETH VILLA NAVARRO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

Así mismo, se reconoce personería para actuar a la Dra. OLGA BIBIANA HERNÁNDEZ TÉLLEZ, identificada en legal forma, como apoderada de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en Escritura Pública 1185 del 8 de noviembre de 2018.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. SOL MARÍA PEÑA BARRIOS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PROTECCIÓN con el fin de que se DECLARE la nulidad e ineficacia de su traslado al RAIS por vicios del consentimiento. Como consecuencia, se condene a la AFP Protección a trasladarla al RPMPD administrado por Colpensiones, junto con su saldo de la cuenta de ahorro individual y sus rendimientos financieros; que se condene a Colpensiones a aceptar su traslado sin solución de continuidad, desde el 17 de septiembre de 1987; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; fols. 81 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 13 de febrero de 1963; que se afilió al entonces ISS el 17 de septiembre de 1967; que se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección el 1° de agosto de 1995; que la AFP en mención nunca le informó sobre las características del RAIS, ni sobre las condiciones que debía cumplir para acceder a una pensión de vejez, de manera que su vinculación al mentado régimen lo efectuó sin tener pleno conocimiento de los beneficios o detrimentos que

tendría al realizar dicho cambio; que la AFP convocada nunca cumplió con su deber de gestión de Fiducia, y omitió informar, vigilar y dar el mejor consejo a su afiliada, además, la indujo en error, porque le expresó que el ISS sería liquidado, razón por la cual perdería sus cotizaciones para pensión, amén que se le indicó que el monto de su pensión sería mayor en la AFP; que solicitó ante Protección se declarara la nulidad de su afiliación, así como su traslado ante Colpensiones, lo cual le fue resuelto de manera desfavorable.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la actora no acredita las condiciones establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, resultando a todas luces improcedente su traslado. Agregó que solo hasta el año 2014 se fijó como condición previa para que proceda el traslado entre regímenes, brindar la doble asesoría para los afiliados que desearan llevar a cabo dicho acto jurídico. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica. (fols. 186 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento. Adujo que el formulario de vinculación lo suscribió la actora en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto este que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada. Dijo que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuándose de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento, pues el mismo se hizo de forma libre y voluntaria, en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetándose el derecho a la libre elección de régimen consagrado en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fols. 105 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que a la demandante se le dio la información suficiente y necesaria para que resolviera continuar en el RAIS o retornar al RPMPD. Dijo que la actora realizó múltiples traslados horizontales, lo cual demuestra su convicción de permanecer en el RAIS, así como su conocimiento en relación con las características del régimen. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fols. 238 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de agosto del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante el 28 de julio de 1995, por intermedio de Protección S.A., y en consecuencia, declaró como afiliación válida, la del RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Protección, a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, cotizaciones con todos sus frutos e intereses sin deducción de

gastos de administración y de traslado, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la actora; condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante al RPMPD y a actualizar su historia laboral; se abstuvo de impartir condena en contra de Porvenir S.A., declaró no probadas las excepciones propuestas por Protección y Colpensiones y probada la excepción de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación propuesta por Porvenir. (CD fol. 323).

La decisión de la Juez se basó en que la demandante efectuó su traslado al RAIS a través de la AFP Protección, porque si bien existe constancia en el expediente de una vinculación anterior a Porvenir, lo cierto es que la misma fue anulada, cuando se dirimió un conflicto de multivinculación.

Dijo que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado, se requiere que la AFP haya suministrado información completa, clara, oportuna y comprensible sobre las condiciones específicas de la situación pensional de este, como así lo ha definido la CSJ.

Agregó que en el plenario no se demostró que a la demandante al momento del traslado del régimen pensional, se le hubiere propiciado la información necesaria que debía tener para tomar una decisión tan trascendente que definiría su futuro pensional, de manera que el acto en mención se torna ineficaz, aun cuando la demandante no fuere beneficiaria del régimen de transición, no tuviere una expectativa legítima o un derecho adquirido, dado que el deber de información debe suministrarse a todas las personas sin distinción alguna.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP Protección. Formuló recurso de apelación indicando que no es procedente la condena que se impone por los gastos de administración, dado que la deducción de ese dinero se realiza por la existencia de una disposición legal que así lo establece, y no por capricho de la AFP, amén que se tratan de comisiones ya causadas y pagadas durante la administración de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de la parte actora.

Añadió que en el hipotético caso de considerarse que Protección no realizó debidamente su gestión y que debe retornar esos dineros a Colpensiones, debe entonces hacerse la devolución de los rendimientos que se generaron a favor de la actora mientras estuvo afiliada a la AFP, máxime que la consecuencia de la nulidad o de la ineficacia del traslado es que las cosas retornen al estado anterior.

6.2. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que cuando la actora realizó el traslado de régimen pensional, ostentaba la calidad de profesional en el área del derecho, por lo que no se trataba de un afiliado lego, pues debía tener conocimientos básicos en Seguridad Social.

Adujo que en el caso analizado no se evidencia ningún vicio del consentimiento como la fuerza o el dolo, y por el contrario, se advierte que la afiliación de la convocante al RAIS tiene plena validez, porque ésta firmó el formulario de manera libre, voluntaria y sin presiones.

Dijo que la CSJ ha interpretado de manera errónea el artículo 1604 del C.C. pues a la AFP no le compete la carga de la prueba, y por ello, solicitó que se de aplicación al

artículo 167 del CGP, precisando que en el caso analizado se torna imposible demostrar unos hechos que tuvieron lugar hace más de 25 años.

Sostuvo que el deber de información solo fue consagrado a partir de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, además, entre 1993 y el 2014 la ley no exigía nada diferente al formulario de afiliación, como constancia del consentimiento libre y voluntario del afiliado.

Adujo que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición, porque a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no acreditaba 750 semanas de cotización ni tampoco la edad requerida para el efecto, amén que no contaba con una expectativa legítima para regresar en cualquier momento al RPMPD.

Indicó que la actora no puede pretender que el RPMPD sea solidario con ella, cuando jamás realizó aportes a Colpensiones, lo cual además descapitalizaría el fondo común, poniendo en riesgo el pago futuro de los afiliados que sí hacen parte de dicho régimen. Además, adujo que a la convocante le hacen falta menos de 10 años para adquirir su derecho a la pensión de vejez.

Solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia a que se efectuó el traslado de la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar, debidamente indexados.

Finalmente, petitionó que no se condene en costas a Colpensiones, ya que no participó en un acto que se presume ineficaz o nulo, y se trata de un tercero de buena fe.

7. Alegatos demandante. Refirió en su escrito que se encuentra plenamente demostrado la ausencia total de información documentada sobre las implicaciones del traslado de régimen realizado, dado que no se le informó sobre las características y diferencias, ventajas y desventajas de ambos regímenes, tampoco el fondo demostró que dicho traslado estuviera precedido de una libertad informada, completa, oportuna y eficiente conforme lo determina la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que la demandante al momento de la solicitud del retorno al RPM contaba con 56 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993; que el dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo); que el precedente del Alto Tribunal, utiliza como norma para la aplicación del deber de información el Decreto 663 de 1993, sin embargo este deber solo se materializó a través de la Ley 1748 de 2014, y el Decreto 2071 de 2015, por lo cual los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación. Que la declaración injustificada de ineficacia del traslado de un afiliado del RPM a RAIS afecta la sostenibilidad financiera del Sistema General de Pensiones, y pone en peligro el derecho fundamental a la seguridad social de los demás afiliados.

9. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Solicitó se confirme la decisión de primer grado, en lo que le concierne, en la medida de que quedó probado que, si bien la demandante se vinculó mediante formulario del 05 de julio de 1994, con fecha de efectividad del 01 de agosto del mismo

año, tal vinculación terminó el mismo 1 de agosto de 1994, conforme al certificado de egreso que se allegó al expediente y la relación histórica de movimientos, en la medida de que fue anulada por multivinculación, por lo que el traslado realizado por la demandante con PORVENIR se dejó sin efectos jurídicos, desde el momento mismo de su efectividad, razón por la cual no tuvo ninguna injerencia en el caso bajo estudio.

9. Alegatos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección

S.A. Indicó que sus actuaciones siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, por cuanto a que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.; señaló que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo; que tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003 literal e); ni optó por regresar al RPM en el periodo o año de gracia otorgado por el art.1 del Decreto 38010 de 2003, a pesar de que esta prerrogativa fue ampliamente publicitada por las Administradoras de fondos de pensiones a través de Asofondos mediante aviso en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, por cuanto resulta equivocado exigirle a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de

afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora SOL MARÍA PEÑA BARRIOS, cotizó al ISS entre el 17 de septiembre de 1987 y el 30 de septiembre de la misma anualidad, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 197); ahora bien, aunque en el formulario de la AFP Porvenir se indica que la actora proviene de Cajanal (fol. 258), lo cierto es que en el expediente no se observa ningún formato o certificación que permita constatar esa información; igualmente, se advierte que conforme lo certificado por la AFP Porvenir a folio 268, la vinculación de la demandante a dicha sociedad, fue anulada al dirimirse un conflicto de multifiliación, de suerte que el traslado de la actora con destino al RAIS, tuvo lugar cuando firmó el formulario de afiliación a la AFP Protección el 28 de julio de 1995 (fol. 236).

Carga probatoria y deber de Información

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

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP Protección sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, lo cual debió cumplirse ante la actora a pesar de su condición de abogada, como así lo refirió en su interrogatorio de parte, porque contrario a lo indicado por Colpensiones, ese deber de información debe cumplirse ante todos los afiliados, independientemente de su condición, dado que el mismo fue consagrado por la ley, la cual es general, abstracta

e impersonal, en la que tampoco se hacen distinciones sobre la materia, estándole por tanto vedado al intérprete hacer alguna diferenciación.

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

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

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la litis no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consecuencia jurídica, retrotraer las cosas al estado anterior a la afiliación al mismo.

Por lo anterior, tampoco tiene aplicación lo definido por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, dado que en dichas decisiones la Alta Corporación abordó el tema de la procedencia del traslado de regímenes en cualquier tiempo, para los beneficiarios del régimen de transición, frente a quienes no existía discusión sobre la validez de su afiliación al RAIS.

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

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

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por la apoderada de Protección, pues es claro que procede la devolución de los gastos de administración y comisiones,

conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ, como acertadamente lo indicó el *a quo* en sus consideraciones.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Lo dicho precedentemente, justifica además que no se pueda acceder a la solicitud de Colpensiones de indexar la devolución de todos los aportes debidamente indexados, como quiera que los mismos incluyen los rendimientos que éstos han generado.

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

Sobre este tópico se observa que el Juzgado de primera instancia no impartió condena alguna, sin embargo, como quiera que el Tribunal habrá de confirmar la sentencia de primera instancia, procederá a imponer costas de segunda instancia a cargo de Colpensiones y de la AFP Protección, dado que conforme al artículo 365 del CGP numeral 3º *"En la providencia del superior que confirme en todas sus partes la de primera instancia se condenará al recurrente en las costas de la segunda."*

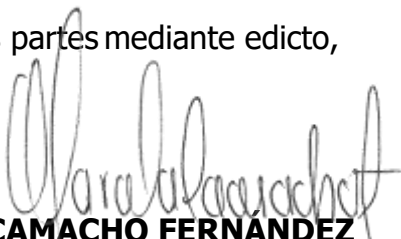
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de agosto de 2020, 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 las demandadas Colpensiones y AFP Protección. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$908.526 a cargo de cada una de las entidades en mención.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JORGE GUTIÉRREZ HELUSKY
DEMANDADO: LA NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
RADICACIÓN: 1100131050-27-2015-00608-02
ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: RELIQUIDACIÓN BONO PENSIONAL

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JORGE GUTIÉRREZ HELUSKY instauró demanda ordinaria contra la NACIÓN-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO-OFICINA DE BONOS PENSIONALES con el fin de que se condene a la encartada a liquidar su bono pensional tipo A, al 1° de octubre de 1995 con un salario base de \$1.303.800; asimismo, se ordene a la convocada, que una vez sea aceptada la liquidación de su bono pensional en los términos propuestos, proceda a emitirlo expedirlo y redimirlo, al igual que realice ante la AFP los trámites tendientes al reconocimiento de su pensión de vejez; se condene al pago de intereses moratorios por la demora en la emisión y expedición de su bono pensional, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 2 y s.s.; subsanación fol. 59 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 27 de mayo de 1959; que laboró a favor de diferentes empleadores de carácter privado entre el 26 de septiembre de 1975 y el 30 de septiembre de 1995, cuyos aportes fueron realizados al ISS; que el 1° de octubre de 1995 se trasladó al RAIS a través de la AFP Skandia; que al 30 de junio de 1992 devengaba como contraprestación de sus servicios un salario de \$1.917.800 que correspondía a la categoría 51 del ISS; que el entonces ISS en reporte de novedades del 28 de mayo de 1992 certificó que el empleador Dow Química de Colombia S.A. había informado un nuevo salario de \$2.129.757; que el 9 de junio de 2003, la empresa DOW Química de Colombia expidió constancia en la que reconoce una relación laboral existente entre el 11 de junio de 1979 y el 31 de diciembre de 2000, además, que a 30 de junio de 1992, sus aportes fueron efectuados sobre la categoría 51, esto es, en valor de \$665.070, no obstante, su salario era igual a \$1.917.800; que su empleador Dow Química de

Colombia se ha negado de manera reiterada a certificar el salario que devengó al 30 de junio de 1992, en el formato sugerido por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público; que el 13 de febrero de 2013 solicitó al ente Ministerial en mención liquidar su bono pensional con un salario base de \$1.303.800, equivalente al máximo salario para esos efectos, lo cual fue negado por la entidad.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fols. 69 a 70); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dio contestación oponiéndose a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que emitió el bono pensional del actor teniendo en cuenta la fecha de corte solicitada en la demanda (1º de octubre de 1995) y un salario base de \$665.070 a 30 de junio de 1992, correspondiente al reportado como devengado, por parte del empleador Dow Química de Colombia S.A. Agregó que la parte actora no está haciendo una interpretación adecuada del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, porque este establece que para liquidar los bonos pensionales se considerará el salario devengado y que ha sido reportado al ISS, no pudiendo desligar un concepto del otro, como lo ha hecho la parte accionante, con el único fin de endilgar a la OBP un presunto incumplimiento de la norma, cuando en realidad dicha situación no ha tenido ocurrencia, pues ha considerado el salario informado por el patrono del trabajador, quien además se ha negado a expedir la certificación laboral como lo ordenan las normas. Propuso como excepciones de fondo las de ausencia de responsabilidad del emisor en la liquidación del bono pensional del demandante e inexistencia de la obligación a cargo de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica. (fols. 170 y s.s.).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de enero de 2020, mediante la cual el Juzgado negó las pretensiones de la demanda formuladas por el actor, declaró probada la excepción de ausencia de responsabilidad del emisor de la liquidación del bono pensional del demandante e inexistencia de obligación a cargo de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y condenó en costas al actor. (CD fol. 244).

Su decisión se basó en que si bien el Decreto 1299 de 1994 que reglamentó la Ley 100 de 1993, estableció el salario base de liquidación del bono pensional, lo cierto es que dicha norma fue declarada inexecutable en su literal a), por la sentencia C-734 de 2005, por haber sido expedida por fuera de las facultades otorgadas al Presidente de la República y porque desde un inicio suscitó un problema jurídico de incompatibilidad normativa con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, así como con los principios y directrices que inspiran el actual sistema de seguridad social.

Adujo que al actor le fue reconocida una pensión de vejez por parte de la AFP Skandia, cuya financiación incluyó un bono pensional tipo A modalidad 2, con fecha de corte 1º de octubre de 1995, y cuyo salario base fue el valor de \$665.070 para el 30 de junio de 1992, el cual se corresponde con la categoría 51 que establece el tope máximo de cotización al entonces ISS, no obstante el empleador del convocante, Dow Química de Colombia certificó que a pesar de cotizar sobre la categoría 51, el salario devengado por el actor al 30 de junio de 1992, lo era de \$1.917.800.

Concluyó que la demandada debía liquidar el bono pensional del actor al momento de su traslado al RAIS con el salario sobre el cual cotizó la empresa empleadora al ISS a 30 de junio de 1992, y no con el devengado por el trabajador, pues más allá de definir si la sentencia C-734 de 2005 tiene efectos retroactivos y puede aplicarse a situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, lo cierto es que el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994 es abiertamente contrario al Sistema General de Seguridad Social de la Ley 100 de 1993, cuyo artículo 117 define que el salario básico con el que se calcula la pensión de vejez de referencia para establecer el valor del bono pensional, es aquel sobre el cual se efectuaron cotizaciones a favor del afiliado al 30 de junio de 1992, por lo que no podría el Juzgador aplicar una norma abiertamente inconstitucional, so pretexto de que no se había emitido la sentencia de inconstitucionalidad ya mencionada.

Igualmente, dijo que la CSJ ha establecido que reliquidar el bono pensional y calcularlo sobre el salario devengado por el trabajador el 30 de junio de 1992 implica desconocer que para aquella época se estableció un salario máximo asegurable por el ISS y una tabla de categorías y aportes que determinó unos toques mínimos y máximos sobre los que podían hacerse cotizaciones al Sistema General de Pensiones, lo cual conlleva a que la diferencia del valor en el bono pensional sea sufragada directamente por la Nación, con recursos públicos del presupuesto, a favor de un trabajador de altos ingresos y sin que exista un fundamento constitucional que respalde ese beneficio.

7. Alegatos demandante. Indicó que el 1 de octubre de 1995, el demandante adquirió el derecho a que se le reconociera, liquidara y pagara un bono pensional, es decir, por lo que está demostrado que a 30 de junio de 1992 tenía un sueldo de \$1.917.800.00 y por ello su bono debió liquidarse con el salario de máxima categoría de cotizaciones al ISS que era de \$1.303.800.00, equivalente a 20 salarios mínimos de la fecha. Señaló que no obra, en el expediente constancia del ISS sobre el salario devengado por mi mandante a 30 de junio de 1992, en consecuencia, su bono pensional debió liquidarse con base en la certificación que sobre ese salario devengado a 30 de junio de 1992, expidió el empleador, tal como lo señala y permite el artículo 28 del Decreto 1748 de 1995, reglamentario del Decreto Ley 1299 de 1994 y de la ley 100 de 1993. En tal virtud, consideró que ninguna de las normas indica o exigen que la certificación del empleador debe ser expedida en un determinado formato, por lo que no se puede ni se debió desconocer las certificaciones que DOW Quimifica de Colombia entregó, bajo el argumento que no fueron expedidas en un formato especial que la ley no consagró expresamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

En virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante, **el problema jurídico a resolver consiste en determinar:** ¿Acertó el Juzgado de primera instancia al negar la reliquidación del bono pensional teniendo en cuenta como salario base el valor solicitado por el actor, esto es, de \$1.303.800?

Del salario base de liquidación del bono pensional a que tiene derecho el actor.

A efectos de resolver el problema jurídico planteado, considera la Sala pertinente traer a Colación lo dispuesto en el Decreto 1299 de 1994, *"Por el cual se dictan las*

normas para la emisión, redención y demás condiciones de los bonos pensionales”, cuyo artículo 5º establece que:

"Para los efectos de que trata el literal a. del artículo anterior, se entiende por salario base de liquidación para calcular la pensión de vejez de referencia del afiliado:

(a) Tratándose de personas que estaban cotizando o que hubieren cotizado al ISS o a alguna caja o fondo de previsión del sector público o privado, el salario o el ingreso base de liquidación será el salario devengado con base en normas vigentes al 30 de junio de 1992, reportado a la respectiva entidad en la misma fecha, o el último salario o ingreso reportado antes de dicha fecha, si para la misma no se encontraba cotizando."

La norma en cita, con el fin de precisar temas concretos de la emisión, redención, transacción y expedición de los bonos pensionales, se ocupó del salario base de cálculo de la pensión de referencia, con la cual se debe liquidar el bono pensional tipo A, estableciendo que el mismo corresponde al salario devengado con base en las normas vigentes al 30 de junio de 1992.

Por tanto, podría pensarse que dicho salario corresponde al que debió ser tomado por la encartada para efectos de liquidar el bono pensional que se causó a favor del actor, cuando este se trasladó al RAIS a través de la AFP Skandia, el 1º de octubre de 1995, como se informa a folio 144.

No obstante, no debe pasarse por alto que conforme a lo expresado por la CSJ, entre otras, en la sentencia SL3871-2020, el literal a) del artículo 5 del Decreto-Ley 1299 de 1994, suscitó dudas acerca de su constitucionalidad y evidenció una abierta contradicción con la Ley 100 de 1993 que pretendió reglamentar, y ello, por cuanto, en los términos de la Alta Corporación, dicha norma se expidió por fuera de las facultades otorgadas al Presidente de la República, aspecto que en últimas generó su inexecutable, mediante la sentencia C-743 de 2005; además, surgió una incompatibilidad con el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, porque este había dispuesto que la pensión de referencia se liquidaba teniendo en cuenta la base de cotización del afiliado al 30 de junio de 1992, amén que desconocía los principios y directrices que inspiran el actual sistema de seguridad social, de los cuales se deriva la regla en virtud de la cual, las pensiones se financian con lo efectivamente cotizado y los rendimientos obtenidos.

Por lo anterior, la CSJ desde la sentencia SL, 31 mar. 2009, rad. 31855, optó por inaplicar la norma en mención, lo cual reiteró en la sentencia SL1042-2019 y en la sentencia SL3871-2020, posición que según esta última decisión se sustentó en lo siguiente:

"(...) Es evidente que el artículo 5º del precitado Decreto 1299 de 1994, introdujo una protuberante modificación en cuanto al salario base de liquidación de los bonos pensionales a 30 de junio de 1992, pues ya no aludió al salario base de cotización, sino al salario devengado en esa fecha de acuerdo con las normas legales vigentes. Y así se afirma, pues si para dicha fecha había un salario máximo asegurable de \$665.070, pero el afiliado realmente devengaba un salario superior, el bono debía liquidarse de acuerdo con éste último y no con el que se le cotizó."

Desde luego que con la modificación implementada por el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, bien puede decirse que, mediante una norma posterior, se convirtió en ilegal lo que anteriormente estaba ajustado a la ley. En otras palabras, una situación que en su momento estaba amparada por la ley, después por virtud de una modificación legislativa, pasó a ser ilegal, lo cual no es más que la aplicación retroactiva de una norma, desconociendo con ello el clásico principio general del derecho de la irretroactividad de la ley.

Y pese a que la Corte Constitucional, en su oportunidad, declaró la inexecutable del artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, mediante la sentencia C-734 de 2005, sin embargo, en otras decisiones suyas, especialmente las sentencias de Tutela T-147, T-801, T-910, T-920 y T-1087, de 2006, refiriéndose a la citada sentencia de constitucionalidad, reiteró en forma textual que: "Las sentencias de constitucionalidad rigen hacia el futuro por regla general, de forma que sólo tienen efectos retroactivos cuando la Corte expresamente le confiere a su sentencia alcances hacia el pasado, lo cual ha sucedido de manera excepcional, cuando en casos concretos se demuestra que están en juego valores constitucionales más importantes que la propia seguridad jurídica", por eso puntualizó que "no es posible aplicar de manera retroactiva la sentencia C-734 de 2005 y por ende las personas que tenían derecho a la emisión del bono conforme a las reglas vigentes al momento de su traslado de un sistema a otro, no han perdido ese derecho. Quiere decir que para aquellas personas que se trasladaron entre la entrada en vigencia del literal a) del artículo 5º del Decreto Ley 1299 de 1994 y el momento en el cual se profirió la sentencia C-734 de 2005 (14 de julio de 2005) el literal a) del artículo 5º es plenamente aplicable.

(...)

Empero, la Corte Suprema considera, por lo antes expuesto, que el tantas veces mencionado artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, no puede tener aplicación en el asunto bajo examen, porque al tenor de los Acuerdos y demás disposiciones que regulaban las pensiones de vejez, entre ellas, las atinentes a los límites de cotizaciones a los cuales debía someterse el empresario inscrito en el ISS, las mismas establecían un salario máximo asegurable, por encima del cual, se repite, la entidad de previsión social no podía recibir cotizaciones. (Resalta la Sala)"

Así las cosas, se tiene que no es procedente aplicar el artículo 5º del Decreto 1299 de 1994, porque como la misma CSJ lo refiere, la disposición que regula la forma de liquidar el bono no es otra que el artículo 117 de la Ley 100 de 1993, la cual establece, que se calculará teniendo en cuenta el salario base de cotización a 30 de junio de 1992, o, en su defecto, el último salario devengado antes de dicha fecha, si para la misma el afiliado estuviere cesante, sin que sea procedente considerar un salario superior al máximo asegurable conforme a las categorías establecidas en el Acuerdo 048 de 1989, y en específico la categoría 51, que tal y como lo certificó Colpensiones a folio 135, equivale a \$665.070.

Por tanto, se tiene que acertó el Juzgado de primera instancia al negar la reliquidación del bono pensional del actor, en los términos propuestos en su escrito de demanda, como quiera que una vez revisada la historia laboral para bono pensional de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el salario base tomado para la liquidación del bono pensional del actor, lo fue el valor de \$665.070, que corresponde al reportado por su empleador Dow Química de Colombia al 30 de junio de 1992 (fols. 192 y s.s.), que además coincide con la categoría máxima asegurable establecida por el otrora ISS.

Colofón de lo dicho, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia.

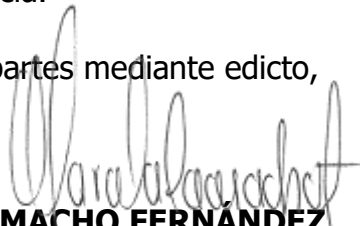
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de enero de 2020 por el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

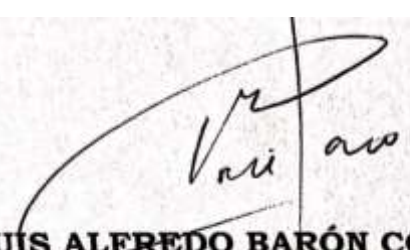
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALEREDO 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 CAMARGO GUTIÉRREZ**
DEMANDADO: **COLPENSIONES- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y AFP PORVENIR**
RADICACIÓN: **11001-31050-22-2019-00216-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA MINISTERIO DE HACIENDA**
TEMA: **DEVOLUCIÓN SALDOS-BONO PENSIONAL**

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FERNANDO CAMARGO GUTIÉRREZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AFP PORVENIR con el fin de que se DECLARE que el demandante tiene derecho al pago de la indemnización sustitutiva, de acuerdo a lo señalado por la Ley 100 de 1993 y, en consecuencia, se ordene a Colpensiones a reconocer y pagar a su favor dicha prestación.

De manera subsidiaria, solicitó que se declare que tiene derecho a la devolución de sus aportes, conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993; en consecuencia, se condene al Ministerio de Hacienda y Crédito Público a emitir su bono pensional a favor de la AFP Porvenir S.A., asimismo, se condene a la AFP en mención a reconocer y pagar a su favor la devolución de saldos, junto con la indexación de las sumas adeudadas, la cual debe ser asumida por todas las entidades convocadas, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 3 y s.s.; fols. 49 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: prestó sus servicios para distintas empresas privadas, quienes efectuaron los aportes a pensión con destino al

ISS hoy Colpensiones; que con posterioridad se afilió a la AFP PORVENIR; que de manera paralela trabajó al servicio del Magisterio, motivo por el cual mediante Resolución 0142 del 4 de febrero 2008, el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio le reconoció una pensión de jubilación por los tiempos públicos laborados como docente oficial; que solicitó a Colpensiones el traslado de sus aportes hacia la AFP Porvenir, lo cual le fue negado por dicha entidad; que petitionó al Ministerio de Hacienda y Crédito Público autorizar la expedición del bono pensional por los aportes que efectuó a pensión a través de las sociedades del sector privado, lo cual le fue negado por dicho ente Ministerial; que solicitó a la AFP Porvenir la devolución de saldos, no obstante, la administradora en mención mediante oficio del 23 de febrero del 2017, resolvió de manera desfavorable su solicitud.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (fol. 62, 76 y 77); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento.

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante tiene reconocida una pensión de jubilación por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por medio de Resolución No. 000142 del 04 de febrero de 2008, siendo incompatible con la prestación solicitada, por virtud de mandato constitucional y legal (artículo 128 de la C.P., artículo 19 de la Ley 4ª de 1992 y artículo 17 de la Ley 549 de 1999). Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 99 y s.s.).

4. Contestación de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Dio contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el actor no se encuentra válidamente afiliado al RAIS, por tratarse de una persona excluida del Sistema de Seguridad Social Integral de que trata la Ley 100 de 1993, conforme a su artículo 279. Agregó que en caso de considerarse válida esa afiliación, el actor estaría pretendiendo dos asignaciones provenientes del tesoro público (pensión de jubilación del Magisterio a cargo de la Nación y bono pensional financiado con recursos públicos), lo cual contraría el artículo 128 de la CP. Propuso las excepciones de fondo de inexistencia de la obligación a cargo de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público, buena fe y la genérica. (fols. 80 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PORVENIR. Dio contestación con oposición a las pretensiones de la demanda que fueron formuladas en su contra, argumentando que no es la autoridad técnica facultada para emitir y pagar bonos pensionales de los afiliados, lo cual se encuentra en cabeza de la OBP adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, que muy a pesar de las gestiones adelantadas en calidad de administradora de pensiones y en representación del actor, han sido rechazadas por "*beneficiario registrado con indicio pensión no ISS/COLPENSIONES incompatible con bono pensional*". Propuso excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación, carencia de derecho, falta de legitimación en la causa por pasiva, bono pensional no emitible, compensación, prescripción, buena fe y la genérica. (fols. 132 y s.s.).

6. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de septiembre del 2020, en la cual el Juzgado condenó a la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público a liquidar y redimir el bono pensional a órdenes de la AFP Porvenir con fundamento en los Decretos 1748 de 1995 y 1513 de 1998; ordenó a la AFP Porvenir que una vez redimido el bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, realice la devolución de saldos a favor del actor; absolvió a Colpensiones de todas las pretensiones de la demanda, declaró no probadas las excepciones propuestas por Porvenir S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y condenó en costas a esta última entidad. (CD fol. 168).

Como sustento de su decisión indicó que de conformidad con la Ley 100 de 1993, los afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio se encuentran excluidos del Sistema Integral de Seguridad Social establecido en la Ley 100 de 1993, no obstante, sus prestaciones serán compatibles con las consagradas en esta última norma, en tanto pueden prestar sus servicios en establecimientos educativos oficiales, y por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación, así como prestar servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez, como así lo ha aceptado la CSJ.

Precisó que ese régimen exceptuado del que se viene hablando, se mantiene vigente para los docentes vinculados antes de la entrada en vigencia de la Ley 812 del 2003, norma que incorporó a los maestros al régimen pensional establecido en la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003.

Señaló que la pensión reconocida al actor por el FOMAG fue otorgada con base en el tiempo de servicios prestados a instituciones públicas, y los aportes efectuados a Colpensiones, lo fueron por instituciones privadas, no obstante, no es procedente acceder a la indemnización sustitutiva deprecada, como quiera que el demandante se trasladó a la AFP Porvenir el 22 de junio de 1999, vinculación que se reputa válida porque conforme al artículo 31 del Decreto 692 de 1994, consagra la posibilidad de que los docentes del FOMAG que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, se afilien al RPMPD o al RAIS.

Dijo que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta individual que se reintegra a través de la devolución de saldos, como así lo establece el artículo 66 de la Ley 100 de 1993, y así lo determina la CSJ, precisando que en el presente caso, los aportes que se pretende sean compensados a través del mismo, fueron realizados al entonces ISS por servicios prestados a instituciones privadas con anterioridad al ingreso del actor al RAIS, diferentes a los tiempos de servicios que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial, por manera que es procedente el reconocimiento del bono, máxime que cotizó más de 150 semanas al ISS antes de su traslado al RAIS y no completó los requisitos para acceder a la pensión, en los términos del artículo 66 de la Ley 100 de 1993, lo cual además, hace procedente la devolución de saldos.

Así, adujo que las cotizaciones que se consideran para la liquidación del bono pensional no tienen naturaleza pública y por tanto no hay duda que el actor tiene derecho al mismo, en la medida que no se configura la incompatibilidad alegada.

7. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, el **Ministerio de Hacienda y Crédito Público** interpuso recurso de apelación argumentando que conforme al artículo 279 de la Ley 100 de 1993, los afiliados al

FOMAG se encuentran exceptuados del Sistema Integral de Seguridad Social y de sus regímenes pensionales, además, el fallo desconoció el artículo 31 del Decreto 692 de 1994, en el cual se estableció que los docentes oficiales cuando tienen otra vinculación en el sector privado deben acumular su cotización en el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio.

Adujo que solo a partir de la Ley 812 de 2003, los docentes del sector oficial que se vincularan a la entrada en vigencia de dicha norma fueron incorporados al Sistema General de Pensiones regulado por la Ley 100 de 1993, por manera que la afiliación hecha por el actor al RAIS en 1996 resulta inválida, porque hacía parte del personal docente expresamente excluido de la nueva ley de seguridad social.

Señaló que no es viable la expedición de un bono Tipo A, porque su finalidad es contribuir a construir el capital necesario para financiar las pensiones, por lo que se debe verificar el cumplimiento de los requisitos del RAIS en aras de establecer la procedencia de ese bono, lo cual obvió el Juzgado, porque lo reconoció independientemente que el demandante tuviera derecho a una pensión de vejez.

Sostuvo que el bono pensional es un instrumento de deuda pública como lo establece el artículo 121 de la Ley 100 de 1993, que se asume con recursos públicos, lo que resulta incompatible con la pensión de jubilación que viene pagando el FOMAG al demandante, en los términos del artículo 128 de la C.P.

Indicó que como el régimen del actor es el contenido en la Ley 91 de 1989, la devolución de saldos a su favor no incluye bono pensional por los aportes efectuados al ISS, porque la transición de su régimen pensional solo estableció la compatibilidad con la pensión de vejez o la indemnización sustitutiva, pero no con el bono pensional, figura que no existía a la fecha de expedición de dicha norma, esto es, al 29 de diciembre de 1989.

Dijo que se desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema establecido en el artículo 48 de la C.P., porque conforme a lo establecido en el artículo 8º de la Ley 91 de 1989 y el artículo 16 del Decreto-Ley 1299 de 1994, la pensión del Magisterio se financia en parte con recursos del Tesoro y el bono pensional, si bien se liquida con la historia laboral del ISS, lo cierto es que también se financia con recursos del erario.

Manifestó que la fecha de corte del demandante fue el 1º de julio de 1996, la cual debió ser tomada en cuenta para establecer si el actor tenía derecho al bono pensional, lo cual no consideró el Juzgado porque este tomó la data del traslado al RAIS, precisando que al 1º de julio de 1996, el actor no tenía 150 semanas de cotización al ISS, como así lo exige el artículo 115 de la Ley 100 de 1993.

Señaló que la jurisprudencia considerada por la juez establece la compatibilidad entre la pensión de vejez otorgadas por el RPMPD o por el RAIS y las pensiones reconocidas por el Magisterio, pero no se refiere a la compatibilidad de estas últimas con el bono pensional.

Finalmente señaló que, en el presente caso, lo que procede es el traslado del valor equivalente de las cotizaciones para pensión de vejez efectuadas al ISS, para que la AFP procediera a reintegrar esos dineros.

8. Alegatos Colpensiones. Refirió en su escrito que el demandante acredita un total de 231,00 semanas laboradas y que nació el 16 de julio de 1952, por lo que actualmente cuenta con 67 años. Que, una vez revisado el SISTEMA INTEGRAL DE BONOS PENSIONALES DEL MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, se encontró reportada con una Pensión de Jubilación con el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO, por medio de la Resolución No. 000142 del 04 de febrero de 2008, de manera que, por mandato legal, no puede devengar o desempeñar más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público.

8. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Solicitó en su escrito se confirme la sentencia proferida el 25 de septiembre de 2020 por el Juez 22° Laboral del Circuito, en lo referente a las condenas que le fueron impuestas, las cuales consistieron en obligaciones de hacer, atinentes a que, una vez recibido el valor del bono pensional del demandante, deberá efectuar la devolución de saldos correspondiente; por considerarla ajustada a la legalidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público 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 conocerá en consulta en su favor en lo que le haya sido desfavorable por no haber apelado 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: ¿El bono pensional reconocido por el Juzgado a favor del actor es incompatible con la pensión de jubilación que le fue reconocida por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio?

De la calidad de pensionado

Se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución 000142 del 28 de febrero de 2004, la Secretaría de Educación de Bogotá-Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, reconoció a favor del señor Fernando Camargo Gutiérrez, una pensión mensual vitalicia de jubilación a partir del 17 de julio de 2007, en cuantía inicial de \$1.489.334, la cual tiene como origen los tiempos de servicios prestados por el actor como Docente de vinculación Nacionalizado (fol. 36 y s.s.).

Ahora bien, conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones emitido por Colpensiones, se observa que el actor se afilió al RPMPD administrado por el entonces ISS el 1º de mayo de 1973, dentro del cual realizó sus aportes a través de distintos empleadores de naturaleza privada hasta el 30 de junio de 1999, completando un total de 231 semanas de cotización (fols. 33 y s.s.).

El 22 de junio de 1999, el demandante suscribió formulario de vinculación al RAIS a través de la AFP Porvenir (fol. 143), sociedad que el 13 de noviembre de 2014, reconoció al convocante un valor de \$7.959.793 por devolución de saldos existente en su cuenta de ahorro individual (fol. 160).

De la incompatibilidad alegada entre el bono pensional y la pensión de jubilación reconocida al demandante

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad del bono pensional y la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, ha de recordar la Sala 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, o en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues ello es lo que se concluye del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, interpretación que además es reiterada por la jurisprudencia de la CSJ entre otras en las sentencias CSJ SL 6 de diciembre 40848, SL2655 de 2018 y SL3684-2020.

Así, nótese que la norma en mención establece que 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."*

Por manera que, no le asiste razón a la parte recurrente cuando afirma que la afiliación del actor al RAIS no tiene validez porque pertenece al régimen exceptuado del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y que los docentes afiliados al FOMAG, cuando tienen otra vinculación en el sector privado deben acumular sus cotizaciones a dicho fondo, ya que ese no es el sentido natural y obvio del artículo 31 del Decreto 692 de 1994 citado.

Y es que como lo resalta la CSJ, en las sentencias referenciadas con anterioridad, y contrario a lo afirmado por la parte recurrente, 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, no puede pasarse por alto 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.

Ahora bien, debe decirse que tampoco le asiste razón a la parte impugnante cuando afirma que solo a partir de la Ley 812 de 2003, los docentes del sector oficial que se vincularan a la entrada en vigencia de dicha norma fueron incorporados al Sistema General de Pensiones regulados por la Ley 100 de 1993, y por ello insistir, en que la afiliación del convocante al RAIS resulta inválida, porque la Ley 812 del 2003,

específicamente en su artículo 81, establece que los docentes vinculados a la entrada en vigencia de esa Ley serán afiliados al FOMAG, pero sus derechos serán los establecidos en el RPMPD establecido en la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, a excepción de la edad allí establecida.

Por tanto, la norma referida no establece que los docentes vinculados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 812 de 2003, no puedan ser parte del Sistema General de Pensiones, porque lo que hace la misma es excluir a los nuevos docentes del régimen especial vigente con anterioridad a la Ley 812, razón por la cual, si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado antes del 27/06/2003 y, al mismo tiempo, para particulares, como es el caso del señor Fernando Camargo Gutiérrez, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100/1993, con la posibilidad real de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, con independencia de la pensión de jubilación que ya disfrutara en el sector público como docente.

En relación con el argumento según el cual es requisito indispensable, tener derecho a la pensión de vejez para poder establecer si es necesaria la expedición del bono pensional, debe resaltarse que conforme al artículo 11 del Decreto 1299 de 1994 *"...el bono pensional se redimirá cuando ocurra alguna de las siguientes circunstancias: 1.- Cuando el afiliado cumpla la edad que se tomó como base para el cálculo del respectivo bono pensional. 2.- Cuando se cause la pensión de invalidez de sobrevivencia. 3.- cuando haya lugar a la devolución de saldos de conformidad con la Ley 100 de 1993"*.

Sumado a lo anterior, el artículo 66 de la Ley 100 de 1993 establece que los bonos pensionales deben ser incluidos dentro del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que se reintegra al afiliado, a través de la devolución de saldos. Por tanto, el bono pensional y devolución de saldos no son excluyentes, ni el bono pensional está contemplado únicamente para financiar una pensión de vejez, como equivocadamente se da a entender en el recurso de apelación.

En cuanto a lo relacionado a la incompatibilidad que en el presente caso alega la parte recurrente por infracción del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, en tanto que conforme a dicha norma el bono pensional constituye un instrumento de deuda pública, ha de decirse que las cotizaciones que pretenden ser compensadas a través del mismo fueron realizadas al Instituto de Seguros Sociales, por servicios prestados a instituciones privadas, con anterioridad al ingreso del actor al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y que, en todo caso, son diferentes a los tiempos de servicio que sirvieron de base al reconocimiento de la pensión oficial.

Así las cosas, el pago del bono pensional se encuentra respaldado en las cotizaciones que se realizan al ISS hoy Colpensiones al nombre del actor para cubrir los riesgos de IVM, como así lo dispone el artículo 120 de la Ley 100 de 1993, al señalar que *"las entidades pagadoras de pensiones a las cuales estuviera afiliado o empleado el beneficiario del bono pensional, tendrán la obligación de contribuir a la entidad emisora del bono pensional con la cuota parte correspondiente"*, lo cual también encuentra respaldo en los artículos 15 y 16 del Decreto Ley 1299 de 1994.

De esta manera, tal y como lo afirmó la CSJ en la sentencia SL3359-2020, no puede aducirse el desconocimiento de la prohibición del artículo 128 de la CP, por recibir el actor más de una asignación del tesoro público, porque será Colpensiones, la que en reemplazo del ISS, como administradora del RPMPD, quien pagará a la Nación la cuota

parte financiera con los recursos del fondo común que se sustenta en las cotizaciones de todos sus afiliados, lo que desvirtúa el argumento de que el pago del bono pensional proviene de recursos públicos.

Y es que no debe desconocerse que de vieja data la CSJ ya había definido "*que los dineros con que el ISS, hoy Colpensiones, reconoce las prestaciones, no pueden ser considerados como provenientes del tesoro público, toda vez que corresponden a las cotizaciones efectuadas por los empleadores y trabajadores, producto de su labor.*" (SL2649-2020).

De otro lado, ha de puntualizar la Sala que conforme al artículo 115 de la Ley 100 de 1993, tienen derecho a bono pensional, los afiliados que, con anterioridad a su ingreso al RAIS, hayan efectuado cotizaciones al ISS o las cajas o fondos de previsión del sector público, y quienes, además, al momento del **traslado** hubiesen aportado por lo menos 150 semanas. De ello, resulta claro que no es cierto lo afirmado por el recurrente, quien en su alzada manifestó que esas 150 semanas deben ser analizadas a la fecha de corte.

En ese sentido, no existe duda que el actor tiene derecho al bono pensional reclamado, porque este no resulta incompatible con su pensión de jubilación reconocida por el FOMAG, amén que, a la fecha de su traslado al RAIS, que lo fue el 30 de junio de 1999, como quedó establecido en los hechos probados, contaba con 231 semanas de cotización al ISS.

Finalmente, ha de resaltar la Sala que independiente de las decisiones de la CSJ que haya considerado el Juzgado como sustento para reconocer el bono pensional a favor del actor, la Alta Corporación sí ha definido de manera clara la compatibilidad del mismo con la pensión de jubilación adquirida como docente del Magisterio, en las sentencias citadas en esta instancia, en las cuales, además, se dilucidaron situaciones similares a la planteada por el convocante.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción ha de destacarse que tal y como lo indicó la CSJ, entre otras, en la sentencia SL4879-2019, la devolución de saldos abarca las cotizaciones o aportaciones que hizo el afiliado a su cuenta de ahorro individual, con el fin de estructurar el capital para financiar su pensión de vejez, así como el bono pensional, lo cual se encuentra orgánicamente vinculado con la calidad de pensionado que precipita la imprescriptibilidad de la acción, por tanto carece de vocación de prosperidad dicho medio exceptivo.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de septiembre de 2020, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$908.526.

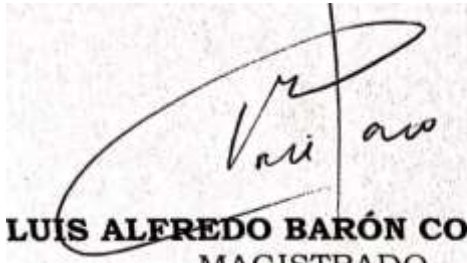
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



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: ERNESTO MUÑOZ CAMACHO
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PORVENIR
RADICACIÓN: 1100131050-09-2015-01116-03
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDANTE-COLPENSIONES-AFP
PORVENIR-MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ERNESTO MUÑOZ CAMACHO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP PORVENIR S.A. con el fin de que se DECLARE la nulidad de su traslado al RAIS por incumplimiento del deber legal de información; que se declare que se encuentra válidamente afiliado al RPMPD, es beneficiario del régimen de transición y tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990. Como consecuencia, se condene a la AFP Porvenir a trasladar a Colpensiones la totalidad de la cuenta de ahorro individual del actor, incluidos los rendimientos a que hubiere lugar; se condene a Colpensiones a activar su afiliación y a reconocerle la pensión de vejez desde el 1° de agosto de 2012, junto con las mesadas adicionales y los reajustes legales, lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 38 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 10 de febrero de 1950, motivo por el cual al 1° de abril de 1994 contaba con más de 40 años; que a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005 acredita más de 750 semanas; que prestó sus servicios a favor de Ecopetrol entre el 3 de octubre de 1975 y el 5 de noviembre de 1978; que se afilió al entonces ISS el 20 de febrero de 1985, entidad a la cual cotizó hasta el 28 de febrero de 1995, aportando un total de 684 semanas; que en enero de 1997 se trasladó a la AFP Porvenir, sin que dicha sociedad le informara las implicaciones perjudiciales o negativas de trasladarse de régimen pensional, además, nunca se le puso en conocimiento que perdería los beneficios del régimen de transición, y tampoco fue ilustrado sobre los distintos escenarios comparativos de pensión en uno u otro régimen pensional; que cotizó al sistema hasta el 31 de julio de 2012, fecha en la cual su último empleador reportó la última novedad de retiro, reuniendo mas de 1.300 semanas de cotización; que en febrero de 2012, cumplió la edad mínima de pensión, por lo que solicitó su reconocimiento a Porvenir, y posteriormente, peticiónó

la anulación de su afiliación a dicha administradora, lo cual le fue negado por dicha sociedad; que solicitó a Colpensiones el reconocimiento de su pensión a la luz del régimen de transición, frente a lo cual no ha recibido respuesta.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante desde 1997 se afilió voluntariamente al RAIS, además, no acredita 15 años de servicios cotizados al 1º de abril de 1994, y se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de mérito las de prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho reclamado y la genérica. (fols. 80 y s.s.).

4. Contestación de la AFP PORVENIR. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la afiliación del actor es un acto válido en la medida que suscribió solicitud de vinculación el 13 de junio de 1996, de manera libre espontánea y sin presiones, luego de haber recibido asesoría integral y completa respecto a todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hace constar al imponer su firma en la casilla correspondiente como dentro del formulario de afiliación. Agregó que no obra prueba alguna de la cual se desprenda que el asesor de la AFP actuó de manera dolosa o forzó al demandante para que suscribiera el formulario de vinculación a la sociedad. Propuso como excepción previa la de falta de integración del litisconsorcio necesario, y de fondo las de prescripción, falta de causa para pedir, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fols. 140 y s.s.).

5. Contestación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que no existe razón jurídica para que se le haya llamado a integrar la Litis. Dijo que desconoce las circunstancias en que se produjo el traslado del demandante al RAIS. De otro lado, sostuvo que, en el caso de accederse a las pretensiones de la demanda, el convocante debe reintegrar a la Nación y a Ecopetrol, los valores reconocidos por concepto de bono pensional tipo A, el cual fue emitido y pagado a su favor, de conformidad con el artículo 1º del Decreto 1748 de 1995, y el artículo 57 de la misma norma, modificado por el Decreto 3798 de 2003. Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios, y de fondo las de inexistencia de obligación y ausencia de responsabilidad de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público frente a la afiliación de nulidad solicitada; reintegro del valor del bono pensional que fue cancelado por la OBP como producto de la solicitud efectuada por la AFP en nombre de su afiliado Sr. Ernesto Muñoz Camacho; no procede el traslado del bono pensional en caso de declararse la nulidad de la afiliación; el Ministerio de Hacienda y Crédito Público-OBP no funge como una entidad de previsión social, ni fondo, ni administrador pensional; buena fe y la genérica. (fols. 272 y s.s.).

6. Contestación de Ecopetrol. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el demandante en sus pedimentos no se refiere a Ecopetrol, además, dijo que procedió al reconocimiento de la cuota parte del bono pensional tipo A modalidad 2 a nombre del actor por tratarse de su ex trabajador, por valor de \$120.699.000 con fecha de reconocimiento 1º de julio de 2015. Propuso como excepción previa la de falta de jurisdicción y competencia, prescripción y de fondo las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y la genérica. (fols. 236 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de agosto del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el demandante el 3 de noviembre de 1996, por intermedio de Porvenir S.A., ordenó a esta sociedad trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes junto con sus rendimientos, así como las demás sumas que se encuentren depositadas en la cuenta de ahorro individual del actor, declaró como afiliación válida, la del RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones todos los aportes pensionales, con sus rendimientos; igualmente, en lo que se refiere al bono pensional, le ordenó adelantar todos los trámites interadministrativos ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones, con el fin de que el traslado de recursos sea efectivo sin que se afecte el reconocimiento pensional y la contabilización de semanas del actor; ordenó a Colpensiones reactivar su afiliación y recibir los conceptos que le fueren trasladados, así como reconocer al convocante la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, desde el 1º de agosto de 2012, en cuantía inicial de \$4.314.787, a razón de 13 mesadas anuales; condenó a Colpensiones a pagar a la suma de \$522.180.261 por concepto de mesadas pensionales causadas desde el 1º de agosto de 2012 hasta el 31 de julio de 2020, además, le autorizó para realizar los descuentos de cotización al Sistema General de Salud; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y ausencia de responsabilidad respecto de la Nación-Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Ecopetrol, y les absolvió de las pretensiones de la demanda; condenó en costas a la AFP Porvenir S.A. y a Colpensiones. (CD fol. 341).

La decisión de la Juez se basó en que de las pruebas obrantes en el proceso no es posible constatar que el traslado de régimen del accionante estuviere precedido de una asesoría sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como sobre las consecuencias jurídicas de dicho acto, precisando que conforme a lo establecido por la CSJ, para demostrar el cumplimiento del deber de información ordenado en el numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993, no es suficiente la manifestación que quedó plasmada en el formulario de afiliación, ni tampoco que se le hubiere puesto de presente, de manera muy general, las particularidades del RAIS, menos aun cuando el traslado implicaba para el afiliado la pérdida del régimen de transición.

En ese orden, concluyó que el acto jurídico de traslado se torna ineficaz, indicando que la carga probatoria se encontraba radicada en cabeza de la AFP llamada a juicio, dado que la afirmación referente a la omisión en el cumplimiento del deber de información se trata de una negación indefinida, amén que las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, expertas en la materia y respaldadas en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio, lo que las ubica en una posición de preeminencia frente a los usuarios.

Sostuvo en cuanto al bono pensional, que conforme a lo definido por la CSJ, la administradora tiene el deber de devolver al Sistema todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., así, la AFP deberá realizar todos los trámites interadministrativos con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones, con el fin de que el traslado de recursos sea efectivo, sin que por ello se afecte el reconocimiento pensional y la contabilización de semanas de la historia laboral del actor.

Adujo que el actor es beneficiario del régimen de transición, de conformidad con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el Acto Legislativo 001 de 2005, además, cumplió la edad de 60 años en febrero de 2010 y cuenta con un total de 1.471 semanas, por

manera que tiene derecho a la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, norma que conforme a la CSJ, permite sumatoria de tiempos públicos y privados, por tanto, debe reconocerse dicha prestación conforme a dicha norma por ser la más favorable, con un IBL hallado con el promedio de los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 90%, a partir del día siguiente a su última cotización, por 13 mesadas al año conforme al Acto Legislativo 001 de 2005.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación demandante. Formuló recurso de apelación solicitando la modificación parcial de la sentencia, en el sentido de acceder al reconocimiento y pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, como quiera que a la fecha en que radicó la reclamación administrativa que lo fue el 6 de julio de 2015, ya había cumplido los requisitos exigidos para acceder al derecho pensional.

Agregó que conforme a la sentencia C-601 del año 2000, los intereses moratorios proceden indistintamente de la naturaleza de la pensión o su origen, por lo que deben reconocerse a partir del vencimiento de los 4 meses de que trata la Ley "97" en su artículo 9º, es decir, desde el mes de noviembre del año 2015.

6.2. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que conforme a la sentencia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pereira, la simple manifestación de inconformidad sobre el valor de la pensión en el RAIS, no constituye una prueba que la decisión de traslado haya estado precedida de un engaño o una información equivocada.

Adujo que la época en que tuvo lugar el traslado del actor las administradoras de fondos de pensiones solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones de dicho acto, por lo que no hay lugar a la ineficacia deprecada, indicando, además, que fue el actor quien no tuvo ningún interés y cuidado en su decisión.

Señaló que el accionante se encuentra inmerso en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, por lo que resulta imposible tenerlo como afiliado del RPMPD y efectuar un reconocimiento pensional a su favor, pues ello iría en contra del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema, conforme a las sentencias C-1024 de 2004 y SU 062 de 2010.

Finalmente, mencionó que no es procedente ninguna condena por retroactivo pensional y costas procesales, porque la entidad no tenía forma de conocer que la voluntad del afiliado se encontraba viciada a la hora de trasladarse de régimen pensional, siendo claro que actuó en derecho y conforme a la ley.

6.3. Recurso de apelación AFP Porvenir. Dijo que el actor reconoció que su traslado de régimen pensional lo realizó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido la asesoría por parte de la AFP de las características y todo lo relacionado con la naturaleza del RAIS, cumpliéndose para la fecha con todas las instrucciones definidas por la Superintendencia Financiera, precisando que solo hasta la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, fue claro el deber de las AFP de poner a disposición de sus afiliados todas las herramientas financieras a los futuros afiliados, que les permitieran conocer las consecuencias de su traslado.

En ese orden, dijo que la asesoría no podía contener información en cuanto a la favorabilidad del monto de la pensión y no se compadece que durante un poco más de 20 años el actor pretenda una ineficacia de traslado, máxime que su insatisfacción tuvo origen en su negligencia.

Dijo que con la aceptación del traslado el demandante renunció claramente al beneficio de la transición; sumado a ello, aceptó que le fue explicado que sus dineros serían depositados en una cuenta de ahorro individual, precisando que, ante la falta de aportes voluntarios, no tiene ningún sentido que a través de cálculos actuariales, se establezca la conveniencia o inconveniencia del RAIS.

Agregó que a la fecha de traslado el actor era un profesional con la capacidad de sopesar los beneficios de dicho acto, que le fueron puestos de presente por el asesor, al punto que en el interrogatorio de parte aceptó que la motivación de su vinculación al RAIS, lo fue el riesgo en el que se encontraban sus aportes al estar administrados por el ISS.

Señaló que imponer la carga de la prueba a la AFP sobre hechos que tuvieron lugar hace más de 20 años, no resiste un análisis ponderado y serio, pues se exige la demostración a través de medios inexistentes y se exonera a quien tiene la obligación de acreditar la veracidad de los hechos en que sustenta sus pretensiones, máxime que el Código de Comercio impone la carga de la prueba a quien alegue la culpa o la mala fe.

Finalmente, indicó que ha administrado de manera juiciosa los aportes efectuados por el actor, de buena fe y en derecho, motivo por el cual no existe sustento para imponer las costas en el valor que lo hizo el Juzgado.

6.4. Recurso de apelación Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Señaló que si bien se dispuso por el Juzgado la devolución del bono pensional a favor de Ecopetrol y el Ministerio de Hacienda, no se determinó que el mismo valor debía ser indexado, y que el hoy demandante no tenía derecho al mismo, motivo por el cual solicitó al Tribunal pronunciarse sobre la devolución del bono pensional.

7. Alegatos demandante. Peticionó que se confirme la decisión de primer grado en tanto se encuentra acorde con los parámetros normativos y lo señalado por el amplio y pacífico precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

8. Alegatos Ecopetrol S.A. Indicó que el demandante solamente estuvo vinculado a entre el 3 de octubre de 1975 y hasta el 5 de noviembre de 1978, tiempo en el que no efectuó ninguna cotización para tener derecho a pensión de jubilación o de vejez; en tal sentido, señaló que en comunicación de 1 de julio de 2015 enviada a la entidad Porvenir procedió al reconocimiento de la cuota parte del bono pensional tipo A modalidad 2, por un valor de \$120'699.000 con fecha de reconocimiento 1 de julio de 2015, por lo que considera que cumplió con sus obligaciones y en consecuencia, solicitó confirmar el fallo de primera instancia.

8. Alegatos Colpensiones. Solicitó en su escrito se revoque la sentencia de primera instancia en atención a que solo dio especial importancia a la manifestación realizada por la parte demandante, mediante la cual señaló que no se le brindó la debida y suficiente información sobre condiciones de uno y otro régimen, la proyección de una mesada pensional que permitiera comparar, así como la pérdida de beneficios de tenerlos al trasladarse, conclusiones que no comparte.

9. Alegatos AFP Porvenir S.A. Arguyó que existe un formulario de vinculación suscrito por el demandante en que dejó constancia de que se trató de una decisión libre, espontánea y sin presiones; documento al que debe darse pleno valor probatorio en la medida en que no fue tachado de falso y fue suscrito por una persona plenamente capaz y que, como tal, debe asumir las consecuencias de los actos jurídicos celebrados. Señaló que las consecuencias del traslado de régimen se encuentran consagradas en la Ley 100 de 1993, en consecuencia, de haberse presentada algún error en este caso, sería de derecho; y, de conformidad con lo dispuesto en el Ar. 1516 del C.C., el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento. Por último, que adujo que la afiliación del demandante como traslado de régimen fue un acto válido, que cumplió con los requisitos del Art. 1502 del C.C., cuales son, capacidad, consentimiento libre de vicios, objeto y causa lícitos.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Quién tiene la carga probatoria en este tipo de procesos?; (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Se debe devolver la totalidad del bono pensional?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; (vii) ¿El demandante es beneficiario del régimen de transición?; (viii) ¿Tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990? (ix) ¿Debe imponerse condena por concepto de intereses moratorios? (x) ¿Es procedente la condena en costas sobre Colpensiones y la AFP Porvenir?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor ERNESTO MUÑOZ CAMACHO, prestó sus servicios a favor de Ecopetrol entre el 3 de octubre de 1975 y el 5 de noviembre de 1978 (fol. 215); cotizó al ISS entre 20 de febrero de 1985 y el 28 de febrero de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (fol. 79); además, el 3 de noviembre de 1996 suscribió el formulario de afiliación a la AFP Porvenir, sociedad a la cual se encuentra actualmente vinculado (fol. 98).

Carga probatoria y deber de Información

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

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

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

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

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Porvenir como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia,

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

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

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

Por tanto, la AFP Porvenir sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, independiente de la formación del convocante, dado que ese deber se impuso en la ley, sin ningún tipo de distinción, no pudiendo el intérprete hacer diferenciación alguna.

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

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

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

Conforme a ello y de acuerdo al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia, pues el Juzgado no impuso condena por los conceptos aludidos sobre las AFP Porvenir.

Del bono pensional

Sobre el debate propuesto por el Ministerio de Hacienda y Crédito Público respecto del bono pensional, debe decirse que contrario a lo afirmado en la alzada, el Juzgado sí se pronunció sobre el mismo, porque estableció que la AFP Porvenir debe trasladar todos los dineros que reposen en la cuenta de ahorro individual del demandante incluídos sus rendimientos con destino a Colpensiones, lo cual claramente involucra el valor del bono, dado que el mismo ya reposa en dicha cuenta como se puede observar a folios 100 y s.s.; además, el Juzgado especificó en la parte resolutive de la sentencia que se deben hacer los trámites a que hubiere lugar junto con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y Colpensiones, para que se haga efectivo el traslado de esos dineros.

Lo anterior, se corresponde con el precedente, porque la CSJ ya ha indicado que el bono pensional debe trasladarse a Colpensiones para efectos de financiar la respectiva pensión.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la *litis* no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consecuencia jurídica, retrotraer las cosas al estado anterior de la afiliación al mismo.

Por lo anterior, tampoco tiene aplicación lo definido por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, dado que en dichas decisiones la Alta Corporación abordó el tema de la procedencia del traslado de regímenes en cualquier tiempo, para los beneficiarios del régimen de transición, frente a quienes no existía discusión sobre la validez de su afiliación al RAIS.

Excepción de prescripción

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

Beneficio del régimen de transición

En cuanto al Régimen de transición, debe señalarse que en efecto el demandante es beneficiario del mismo, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, como quiera que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es, el 1º de abril de 1994, contaba con 44 años de edad siendo hombre.

Régimen que conservó hasta el 31 de diciembre del 2014, como quiera que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005, esto es, el 29 de julio del 2005, había cotizado 1018.85 semanas (523,14 semanas cotizadas a Colpensiones + 334.57 semanas cotizadas al RAIS+161,14 de Ecopetrol).

Pensión con Acuerdo 049 de 1990

En torno a la pretensión relacionada con la pensión de vejez, como acertadamente lo señaló la falladora de primera instancia, el demandante cumple con los requisitos para acceder a la misma al amparo del Acuerdo 049 de 1990, como quiera que cumplió los 60 años de edad el 10 de febrero de 2010, pues nació el mismo día y mes del año 1950, según da cuenta la fotocopia de su cédula de ciudadanía, visible a folio 8.

Adicionalmente, logró cotizar hasta julio de 2012, un total de 1.365.85 semanas como se observa de la historia laboral de Colpensiones (fol. 79), el reporte emitido por Porvenir (fols. 100 y s.s.) y la certificación expedida por Ecopetrol (fol. 215) por lo que cumplió con las semanas requeridas por dicha normatividad, siendo importante anotar, que para el conteo de densidad de semanas, se consideraron los períodos reportados por Ecopetrol, dado que conforme al reciente criterio jurisprudencial de la CSJ, en tratándose del Acuerdo 049 de 1990, es procedente la sumatoria de tiempos públicos y privados (sentencia SL2776-2020).

Ahora bien, 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 obstante, en los casos en que no aparece la novedad de retiro, la H. Corte Suprema de Justicia ha indicado que, aunque no obre el acto de desafiliación, siempre y cuando el afiliado haya cumplido con los requisitos de edad y densidad de cotizaciones, puede acudir a cualquier medio de prueba que demuestre la intención del afiliado de no volver a cotizar para acceder a la prestación pensional. (Sentencia H. Corte Suprema de Justicia SL 12863-2017)

En el presente caso, si bien al revisar la historia laboral actualizada del actor allegada por Porvenir visible a folios 100 y s.s., no se advierte la novedad de retiro en el último ciclo –julio 2012- de cotización efectuado por el demandante bajo el empleador ASESORÍAS SERVICIOS Y REPRESENTACIONES PETROLERAS ASERPET & CIA SOCIEDAD EN COMANDITA, lo cierto es que en dicha data ya había cumplido con los requisitos para acceder a la pensión de vejez y radicó ante Colpensiones solicitud de reconocimiento pensional 6 de julio de 2015 (fols. 18 y s.s.), siendo clara su intención de desafiliarse del sistema a partir de la fecha de la reclamación. Por tanto, se modificará la decisión de primera instancia en ese sentido.

En lo que respecta al monto de la pensión, se advierte que el Juzgado procedió a su liquidación, no obstante, se encuentra que en el expediente no se encuentran probados la totalidad de los salarios devengados por el actor, pues nótese que la certificación expedida por Ecopetrol obrante a folio 215, solo da cuenta de la remuneración percibida al mes de noviembre de 1978, por lo que la misma no debió ser tomada por el *a quo*, para los períodos anteriores.

En ese orden, se modificará la sentencia en el sentido de ordenar a Colpensiones a liquidar la pensión del convocante conforme al artículo 21 de la Ley 100 de 1993, teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia de la Ley 100 a éste le hacían falta más de 10 años para pensionarse (criterio expuesto reiteradamente por la CSJ, contenido actualmente en la sentencia SL 456-2020), aplicando el IBL que le sea más favorable y una tasa de reemplazo del 90%, pues así lo dispone el art. 20 del Acuerdo 049 de 1990. La pensión además, debe reconocerse por 13 mesadas al año por virtud del Acto Legislativo 001 de 2005, como así lo dispuso el Juzgado.

Excepción de prescripción pensión de vejez

En el presente caso, el actor tiene derecho a disfrutar de la pensión desde la fecha en que se elevó la reclamación ante Colpensiones, esto es, el 6 de julio de 2015 (fols. 18 y s.s.), además, radicó la demanda el 11 de diciembre de 2015 (fol. 66) y ésta fue notificada dentro del año siguiente; así, es claro que no alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el art. 151 del CPT y de la SS.

Intereses moratorios

Sobre este aspecto, baste con decir que no es procedente reconocer los intereses reclamados en la alzada, como quiera que los mismos no fueron pretendidos en la demanda, y el Tribunal no cuenta con facultades ultra y extra petita.

Costas

En cuanto al problema jurídico tendiente a determinar si es viable absolver de la condena en costas impuesta a COLPENSIONES y PORVENIR, debe señalarse que no es de recibo la solicitud de los apelantes, como quiera que de conformidad con el artículo 365 del CGP se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso corresponde a dichas demandadas; en lo que respecta al valor de las agencias en derecho, debe decirse que este no es el momento proesal para su revisión, ya que para ello la ley estableció el recurso de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas.

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR los numerales tercero y cuarto de la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del señor ERNESTO MUÑOZ CAMACHO, la pensión de vejez a partir del 6 de julio de 2015, por 13 mesadas al año, la cual deberá liquidarse conforme a los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando el IBL que le sea más favorable y una tasa de reemplazo del 90%.

SEGUNDO. – ADICIONAR la sentencia proferida el 25 de agosto de 2020, por el Juzgado 9º Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PORVENIR, a trasladar a COLPENSIONES lo que haya deducido por concepto de gastos de administración y comisiones mientras el demandante permaneció afiliado a dicha sociedad, lo cual deberá asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dinero.

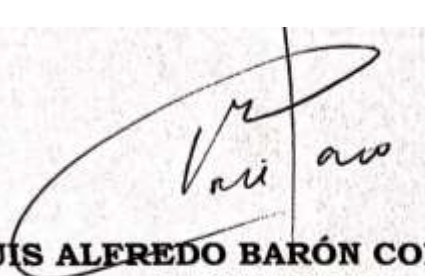
TERCERO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

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 ALEREDO 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 NAVA SERRANO
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP COLFONDOS
RADICACIÓN: 1100131050-21-2019-00472-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CARMEN NAVA SERRANO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y la AFP COLFONDOS con el fin de que se DECLARE la nulidad de su traslado al RAIS, realizado en marzo de 1995, a través de la AFP Colfondos, por vicio del consentimiento (error). Como consecuencia, se condene a la AFP Colfondos a retornarla al RPMPD administrado por Colpensiones, junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado; se condene a Colpensiones a recibirla y mantenerla como afiliada desde el 1° de marzo de 1979, sin solución de continuidad; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y las costas del proceso. (fols. 50 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 9 de marzo de 1962; que estuvo afiliada al entonces ISS entre el 1° de marzo de 1979 y el 27 de marzo de 1995, entidad en la cual cotizó un total de 634,86 semanas; que en el mes de marzo de 1995, los asesores de la AFP Colfondos le ofrecieron el nuevo régimen pensional y le manifestaron que en él podría pensionarse a los 50 años o antes, además, que obtendría un mayor monto pensional, gracias a sus rendimientos financieros y que el ISS iba a desaparecer con la consecuente pérdida de sus cotizaciones; que los asesores de la AFP Colfondos no le realizaron una proyección de su pensión, de acuerdo a su edad y salario devengado, ni tampoco le informaron sobre los requisitos necesarios

para pensionarse en el fondo privado y su comparación con el RPMPD; que cuenta con un total de 1.298 semanas cotizadas a marzo de 2018; que solicitó ante Colfondos y ante Colpensiones la nulidad de su afiliación al RAIS, lo cual le fue negado por las demandadas.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Agregó que no se observa dentro de ninguna de las solicitudes del demandante nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad de su parte; por el contrario, se tiene que las documentales adosadas se encuentran conforme a derecho y que el convocante de manera libre y voluntaria se afilió a la AFP. Finalmente, adujo que, el convocante no cumple con las condiciones de que trata la sentencia SU 062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fols. 99 y s.s.).

4. Contestación de la AFP Colfondos. Contestó la demanda allanándose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y solicitó al Juez abstenerse de imponer condena en costas en su contra. (fol. 98).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de septiembre del 2020 en la que la falladora declaró la nulidad del traslado al RAIS efectuado por la demandante el 27 de marzo de 1995; condenó a la AFP Colfondos, a trasladar a Colpensiones los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, entidad que está en la obligación de recibirlos y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora y declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas. (CD fol. 121).

La decisión de la Juez se basó en que conforme a lo establecido por la CSJ las AFP desde su creación tienen el deber de brindar información frente a los afiliados del sistema pensional, para que puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Además, precisó que en estos casos la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, en tanto afirma que no recibió asesoría cuando se trasladó de régimen pensional, lo cual se corresponde con una negación indefinida que no puede ser demostrada por quien la invoca.

Finalmente, dijo que Colfondos no cumplió con esa carga probatoria, y por el contrario, se allanó a las pretensiones de la demanda, por lo que es claro que a la fecha de traslado de la convocante no atendió ese deber de información y buen consejo.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal que le impide realizar el traslado de régimen pensional.

Adujo que la CSJ desarrolló el deber de información con sustento en el Decreto 663 de 1993, no obstante, el mismo tuvo ese alcance vía legislativa a través de las Leyes 1748 de 2014 y el Decreto 2071 de 2015, motivo por el cual los fondos de pensiones cuentan exclusivamente con el formulario de afiliación para probar el consentimiento libre, voluntario, sin presiones e informado del afiliado, precisando que las leyes que surgieron entre los años 1993 y 2014, no exigieron nada diferente al documento de afiliación, donde constaba la intención del actor de pertenecer al RAIS, por manera que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes, constituye un quebranto a la seguridad jurídica.

Señaló que conforme a la sentencia T-489 de 2010, no se puede permitir la descapitalización del fondo común con las personas que no contribuyeron a su formación y que pretenden consolidar su pensión cuando les faltaban menos de 10 años para el efecto.

Solicitó que se condicione el cumplimiento de la sentencia a que se efectué el traslado de la totalidad de las sumas que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, como son las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y los demás a que hubiere lugar debidamente indexados.

Finalmente, petitionó que se ordene no realizar los descuentos por concepto de seguros de invalidez o vejez de los dineros a trasladar.

7. Alegatos demandante. Indicó que la afiliación a COLFONDOS S.A., mediante engaños, ya que los asesores la convencieron de cambiarse de régimen, situación que los demandados no pudieron desvirtuar, es decir, que no acreditaron que hubiere recibido una asesoría clara idónea y oportuna, como lo establece la corte en la sentencia 4462 de 2019, ya que son ellos quien tienen el deber legal de brindar información clara y suficiente a sus afiliados, en lo relacionado al cambio de régimen pensional.

8. Alegatos Colpensiones. Indicó en su escrito de alegaciones que la demandante haciendo uso del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, escogió por su propia voluntad el régimen al cual quería estar afiliado; que también a la fecha de entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, esto es, al 1º de abril de 1994 contaba con la edad de 32 años pues nació el 09 de marzo de 1962, por lo que no tenía ni la edad tampoco con los 15 años de cotización, para ser beneficiaria del régimen de transición; que no contaba con ninguna expectativa legítima ni derecho adquirido en el RPM, razón por lo cual no es de recibo que pretenda regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida como así lo solicita. Así mismo, señaló que para el año 2019, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones su retorno, contaba con 59 años, esto es, cuando se encontraba dentro de la prohibición legal contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Finalmente, arguyó que la demandante no hizo uso de los derechos de los afiliados, esto es, el retracto, el cual le da al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto su elección, ya sea del régimen pensional o de administradora dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente y se estudiará en consulta a su favor en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿El hecho de firmar el formulario de afiliación es suficiente para acreditar el deber de información?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (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 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 a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora CARMEN NAVA SERRANO, cotizó al ISS entre el 1º de marzo de 1979 y el 31 de marzo de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones ^(fol. 197); además, firmó el formulario de afiliación a la AFP Colfondos el 27 de marzo de 1995 ^(fol. 52), sociedad a la cual actualmente se encuentra vinculada la demandante.

Carga probatoria y deber de Información

No se controvierte en esta instancia que la carga probatoria recae en cabeza de la AFP COLFONDOS S.A., lo cual no fue objeto de alza por ninguna de las partes.

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

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP COLFONDOS S.A. como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora CARMEN NAVA

SERRANO, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los casos en que procede la devolución de aportes, las variables que podía tener la prestación con el paso del tiempo y demás aspectos a los que se hizo mención, los cuales se han dejado sentados por nuestra CSJ en una sólida línea jurisprudencial frente al tema. Aunado a que la decisión del Juez de declarar que la AFP COLFONDOS no brindó la información necesaria al momento del traslado al actor, ni siquiera fue apelada por dicha entidad, quien desde su contestación se allanó a todas las pretensiones de la demanda.

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

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privadas están obligadas a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en 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 (que incluyen las pólizas de seguros para las pensiones de invalidez y sobrevivencia que reclama Colpensiones)**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989,

9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019)

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Lo dicho precedentemente, justifica además que no se pueda acceder a la solicitud de Colpensiones de hacer la devolución de todos los aportes debidamente indexados, como quiera que los mismos incluyen los rendimientos que éstos han generado.

Finalmente, debe decirse que no resulta de recibo lo indicado por Colpensiones, en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la litis no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consecuencia jurídica, retrotraer las cosas al estado anterior de la afiliación al mismo.

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida el 7 de septiembre del 2020, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, declarar la INEFICACIA del traslado de régimen pensional que efectuó la señora CARMEN NAVA SERRANO, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

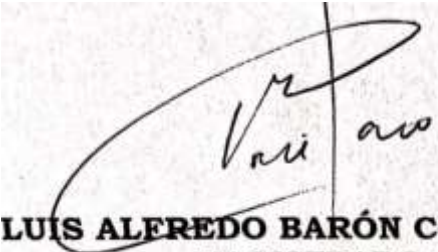
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: VICTORIA EUGENIA DURAN BAHAMON
DEMANDADO: COLPENSIONES-AFP PROTECCIÓN- AFP PORVENIR-AFP OLD MUTUAL
RADICACIÓN: 1100131050-19-2019-00418-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA COLPENSIONES-AFP PORVENIR-AFP OLD MUTUAL
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. OLGA BIBIANA HERNÁNDEZ TÉLLEZ, identificada en legal forma, como apoderada de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido en Escritura Pública 1185 del 8 de noviembre de 2018.

En igual sentido, se reconoce personería para actuar al Dr. ELKIN FABIAN CASTILLO CRUZ, identificado en legal forma, como apoderado de Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. VICTORIA EUGENCIA DURAN BAHAMON instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, la AFP PROTECCIÓN, la AFP PORVENIR y la AFP OLD MUTUAL con el fin de que se DECLARE la nulidad de su traslado al RAIS y de todos los traslados realizados con posterioridad, por vicios del consentimiento (error y dolo). Como consecuencia, se condene a las AFP demandadas al pago de perjuicios de orden material y moral que le fueron causados; se condene a la AFP OLD Mutual a retornar a Colpensiones, la totalidad del capital contenido en su cuenta de ahorro individual, junto con sus rendimientos financieros y demás valores a que haya lugar; se condene a Colpensiones a que la reciba como su afiliada al RPMPD; se condene a lo que resulte probado ultra y extra petita y a las costas del proceso. (fols. 7 y s.s.).

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 10 de octubre de 1964; que cotizó al ISS entre el 24 de octubre de 1994 y el 1° de julio de 1998, un

total de 567,57 semanas; que el 21 de mayo de 1996 se afilió a la AFP Porvenir; que la sociedad en mención omitió deliberadamente brindarle información sobre hechos relevantes de su situación pensional y no le propició información clara, veraz, oportuna y trascendente, de manera que nunca tuvo la oportunidad de escoger libremente el régimen pensional que le era más favorable; que sobre el ISS le indicaron que dicha entidad presentaba un déficit, que muy seguramente desembocaría en una liquidación; que en octubre de 1998, se trasladó a la AFP Davivir hoy Protección, en la cual tampoco le explicaron las condiciones y requisitos legales que debería cumplir para acceder a una prestación, ni escenarios comparativos entre los dos regímenes pensionales; que lo mismo ocurrió cuando se trasladó a la AFP OLD Mutual en el mes de abril de 2012.

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

3. Contestación de COLPENSIONES. Dio respuesta a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones argumentando que el traslado se realizó con la plena voluntad de la cotizante, quien por voluntad propia lo solicitó, suscribiendo los respectivos formularios de afiliación. Agregó que la convocante se encuentra inmersa en la prohibición de que trata el artículo 2º de la Ley 100 de 1993, pues le faltan menos de 10 años para pensionarse y no acredita los requisitos establecidos en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010. Propuso como excepciones de mérito las de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica. (fols. 109 y s.s.).

4. Contestación de la AFP OLD Mutual. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones formuladas en su contra. Indicó que la afiliación de la demandante goza de plena validez ante la ley, por tanto, se puede afirmar que no presenta ningún vicio del consentimiento, pues fue un acto voluntario con el respectivo fondo, el cual estuvo sujeto a un acuerdo de voluntades y se rigió por el artículo 1495 del C.C. Señaló que la demandante venía de estar afiliada a otra AFP, por manera que ya tenía conocimiento del funcionamiento del RAIS. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica. (fols. 190 y s.s.).

5. Contestación de la AFP PROTECCIÓN. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones argumentando que la vinculación de la actora constituye un acto válido, porque fue efectuado de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de haber recibido una asesoría integral y completa por parte de la AFP, teniendo en cuenta todas las implicaciones de su decisión, tal y como lo hizo al imponer su firma en la casilla correspondiente dentro de la solicitud de afiliación. Dijo que no existe ninguna prueba que demuestre que Protección haya viciado el consentimiento de la convocante, tampoco se acredita por su parte el daño que le fue causado como para reconocer perjuicios a su favor. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la genérica. (fols. 131 y s.s.).

6. Contestación de la AFP Porvenir. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, argumentado que la afiliación de la parte actora a la AFP Porvenir fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación, en la que se observa declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Sostuvo que garantizó el derecho de retracto de la convocante, e informó mediante comunicado de prensa, la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica. (fols. 238 y s.s.).

7. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de octubre del 2020 en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por la demandante el 21 de mayo de 1996, por intermedio de la AFP Porvenir, así como los realizados con posterioridad; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD como si nunca se hubiera trasladado; condenó a la AFP OLD Mutual hoy Skandia, a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la convocante, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados, incluidos intereses y comisiones, sin descontar gastos de administración, finalmente, absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. (CD fol. 356).

La decisión de la Juez se basó en que la trasgresión del deber de información genera la ineficacia del traslado del régimen pensional. Agregó que de acuerdo a la ley y a la jurisprudencia de la CSJ, es deber de las AFP garantizar una información libre y suficiente que les permita a los afiliados conocer las distintas opciones del mercado y la que mejor que se ajuste a sus intereses, lo cual debe ser demostrado por dichas sociedades, indistintamente de que aquéllos sean o no beneficiarios del régimen de transición.

Indicó que en el presente caso Porvenir no demostró que se le brindó a la actora información sobre las consecuencias de su traslado de régimen pensional, siendo claro que no se cumplió con el deber legal del que se viene hablando, el cual se reitera, debe atenderse ante el afiliado a pesar de no tener un derecho consolidado, una expectativa legítima o un beneficio transicional, circunstancia que en todo caso no se subsana con los distintos traslados realizados entre AFP.

6. Impugnación y límites del ad quem.

6.1. Recurso de apelación AFP Porvenir. Formuló recurso de apelación indicando que el formulario suscrito por la demandante se presume documento auténtico, en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el artículo 54 del CPT y de la SS, además, contiene las declaraciones exigidas por el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que su afiliación fue libre, voluntaria y sin presiones, lo cual es ratificado por esta en su interrogatorio de parte, sumado a que el mentado documento no fue tachado de falso por la convocante.

Agregó que cumplió con la carga procesal impuesta, pese a la inversión de la misma, contrario a lo definido legalmente, pues la actora reconoció que firmó el formulario de afiliación, que realizó varios traslados entre administradoras producto de una decisión libre e informada, lo cual permite concluir que la intención de la convocante ha sido pertenecer al RAIS.

Adujo que para el momento del traslado la actora era jurídicamente capaz, además, el acto versó sobre objeto y causa lícita, precisando que la interpretación dada por el juzgado, desconoce instituciones primarias del Estado Social de Derecho, como la validez y los efectos de los actos jurídicos.

6.2. Recurso de apelación Old Mutual hoy Skandia. Indicó que no es procedente imponer condena por concepto de gastos de administración, en la medida que los mismos se encuentran estipulados en la Ley 100 de 1993, marco normativo que debe ser cumplido por la AFP al ejercer su actividad de administración.

Dijo que los gastos de administración son una contraprestación, que permite en primer lugar pagar la póliza de los riesgos de invalidez y muerte, de los cuales fue beneficiaria la demandante durante todo el tiempo de afiliación, de manera que al tratarse de un dinero que se paga mes a mes, ya no se encuentra en poder de la administradora.

Indicó que esos gastos de administración encuentran su razón de ser en el manejo administrativo que se realiza mes a mes, de la cuenta de ahorro individual de la convocante, por manera que la condena impuesta por el juzgado implica un detrimento para la sociedad, por prestar un servicio que está expresamente consagrado en la ley.

Adujo que no se están retrotrayendo las cosas a su estado inicial, porque se obliga a la AFP a devolver los gastos de administración, al igual que los rendimientos financieros, que nunca habrían existido, por cuanto el RPMPD no hace este tipo de inversiones, ni generan rentabilidades tan altas, como sí sucede en el RAIS.

Señaló que no existe un análisis en el que se determine si la rentabilidad generada por las AFP es más que suficiente para que Colpensiones efectúe el reconocimiento de la pensión, de manera que se pueda determinar la necesidad de retornar los gastos de administración, que además, podría generar un enriquecimiento sin causa a favor de la convocante

6.3. Recurso de apelación Colpensiones. Dijo que conforme a la Ley 100 de 1993, para la época del traslado, la decisión libre y espontánea del afiliado solo se debía consignar a través de la suscripción del formulario de afiliación, requisito que en el presente caso fue debidamente cumplido por la convocante.

Agregó que a la fecha del traslado no existía la Ley 1748 del 2014 ni el Decreto 2071 de 2015, normas que crearon la obligación de la AFP de realizar una doble asesoría ante los afiliados, por lo que la asesoría brindada a la actora debió ser analizada bajo la normativa que se encontraba vigente, por lo que no resulta razonable, ni jurídicamente válido imponer a la AFP obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico, en desconocimiento del principio de confianza legítima y el derecho al debido proceso.

Adujo que Colpensiones es un tercero ajeno al negocio jurídico celebrado entre la actora y la AFP, motivo por el cual no puede verse perjudicada por dicho acto. Asimismo, indicó que hasta el año 2016 los fondos contaban con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación, motivo por el cual imponer la carga de la prueba a los mismos, constituye una exigencia adicional que no se encuentra prevista en la ley.

Manifestó en cuanto a la carga de la prueba, que la misma se está radicando única y exclusivamente en cabeza de la AFP, aun cuando solo hasta el año 2016 los fondos

privados contaban solamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación del afiliado, pues entre los años 1994 y 2016 no existía nada diferente a dicho documento.

Sostuvo que la parte actora ha permanecido en el RAIS por más de 24 años, por lo que Colpensiones resulta afectada por la decisión, en tanto se genera un desequilibrio y se lesiona la sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la CP; además, el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, establece una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para acceder a la prestación, lo cual tuvo la finalidad de proteger el fondo común administrado por Colpensiones. Lo anterior, a juicio del recurrente se sustenta en las sentencias C-1024 de 2004 y SU 062 del 2010.

Solicitó que se adicione la sentencia en el sentido de condicionar el cumplimiento por parte de Colpensiones, a que ello tenga lugar cuando le sean efectivamente reintegrados los valores que el juzgado ordenó a la AFP trasladar.

7. Alegatos demandante. Refirió que se trasladó del Seguro Social a Porvenir S.A. en mayo de 1996, a partir de una visita de un asesor, mismo que a través de una charla la indujo en error con información poco veraz y errónea, con fin de lograr su traslado de régimen pensional y con ello alcanzar las metas en materia comercial que se habría trazado. En tal sentido, arguyó que no se le entregó una información clara, veraz, oportuna ni suficiente, para haber tomado una decisión informada; tampoco hay prueba de que esta información se le hubiere transmitido, ni se le hizo una proyección de la mesada al trasladarse del régimen o cuando todavía podía realizar su traslado.

8. Alegatos Colpensiones. Señaló que el Juez de primera instancia al momento de su decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen de la demandante, omitió que para la fecha en que se da el traslado, la realidad del momento, según la normatividad aplicable para esa época (Ley 100 de 1993), era que la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen, la cual se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en este asunto se dio a plenitud. Así mismo, acotó que para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación para las AFP de una doble asesoría a sus afiliados. Finalmente, insistió que tampoco 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 de régimen.

9. Alegatos Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. Solicitó en su escrito revocar la sentencia de primer grado en tanto que considera que en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Arguyó que cumplió con la carga procesal impuesta en la medida que aportó los documentos que tenía su poder para demostrar que la parte actora, ha estado vinculada producto de una decisión libre e informada lo que se acredita no solo con el formulario de afiliación, el cual se reitera es un documento que se presume auténtico, sino se insiste, con la conducta del afiliado, que permaneció en el régimen de ahorro individual cerca de 24 años.

10. Alegatos Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. Indicó que sus actuaciones siempre han estado precedidas por la buena fe y la

legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, además, por cuanto a que todos los formularios de afiliación de la entidad cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss.; señaló que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo; que tampoco hizo uso de la facultad establecida en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado posteriormente por la Ley 797 de 2003 literal e); ni optó por regresar al RPM en el periodo o año de gracia otorgado por el art.1 del Decreto 38010 de 2003, a pesar de que esta prerrogativa fue ampliamente publicitada por las Administradoras de fondos de pensiones a través de Asofondos mediante aviso en el diario El Tiempo el 14 de enero de 2004.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas Colpensiones, la AFP Porvenir y la AFP Old Mutual hoy Skandia se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le haya sido desfavorable y no haya sido apelado.

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿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) ¿Las AFPs privadas están obligadas 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?; (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Victoria Eugenia Durán Bahamón, cotizó al ISS entre el 24 de octubre de 1994 y el 30 de junio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (CD fols. 126); que el 21 de mayo de 1996, firmó el

formulario de afiliación a la AFP Porvenir ^(fol. 54); el 13 de febrero de 1998 se afilió a la AFP Davivir hoy Protección ^(fol. 166); el 30 de abril de 2012, firmó el formulario de afiliación a la AFP Old Mutual hoy Skandia ^(fos. 42 y 202), sociedad que en la actualidad administra los aportes a pensión de la demandante.

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP Porvenir como acertadamente lo encontró la falladora de primera instancia, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la señora **VICTORIA EUGENIA DURAN BAHAMON**, acerca de las diferentes modalidades de pensión, su cálculo, las pérdidas o ganancias en lo que al rendimiento podría tener su ahorro, la redención del bono pensional, el porcentaje que se destina para gastos de administración y seguros previsionales, los

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

Del formulario de afiliación

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

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

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

Adicionalmente, ha de decirse que no resulta de recibo lo indicado por Colpensiones en cuanto a que en el presente caso la parte actora no puede retornar al RPMPD, por cuanto le faltan menos de 10 años para pensionarse, conforme a la prohibición contenida en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003, pues dicha norma no resulta aplicable al caso, como quiera que la litis no versa sobre la solicitud de traslado de régimen pensional, sino sobre una temática distinta, como lo es la declaratoria de ineficacia del traslado al RAIS, que dicho sea de paso, tiene como consecuencia jurídica, retrotraer las cosas al estado anterior a la afiliación al mismo.

Por lo anterior, tampoco tiene aplicación lo definido por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010, dado que en dichas decisiones la Alta Corporación abordó el tema de la procedencia del traslado de regímenes en cualquier tiempo, para los beneficiarios del régimen de transición, frente a quienes no existía discusión sobre la validez de su afiliación al RAIS.

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

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

Conforme a ello, no resulta atendible lo indicado por Skandia sobre este aspecto y habrá de adicionarse la sentencia de primera instancia, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, pues el Juzgado no impuso condena por los conceptos aludidos sobre las AFP Porvenir y Protección.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Ahora bien, no encuentra la Sala necesaria la modificación del fallo como lo peticiona Colpensiones, pues lógico resulta que el cumplimiento de las órdenes impartidas por el Juzgado, penden de que dicha entidad haya recibido los dineros que provienen de la AFP Skandia.

Excepción de prescripción

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

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

RESUELVE

PRIMERO. – ADICIONAR la sentencia proferida el 23 de octubre de 2020, por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, en el sentido de CONDENAR a la AFP PROTECCIÓN y a la AFP OLD MUTUAL hoy SKANDIA a trasladar a COLPENSIONES lo que hayan deducido por concepto de gastos de administración y comisiones mientras la demandante permaneció afiliada a dichas sociedades, lo cual deberán asumir de sus propias utilidades. Asimismo, se ordena a COLPENSIONES a recibir dichas sumas de dinero.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

TERCERO. - SIN COSTAS en esta instancia.

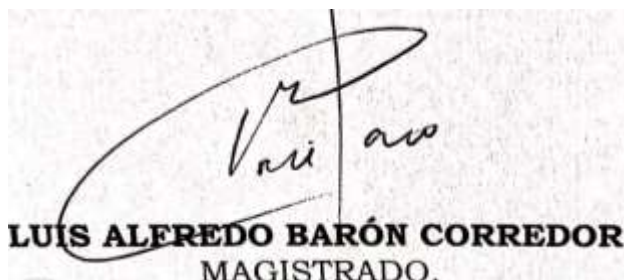
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO 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: MARINA RINCON DE BAQUERO
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-22-2019-00280-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. SANTIAGO BERNAL PALACIOS, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marina Rincón de Baquero instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada el incremento pensional del 14% y del 7% por persona a cargo a partir del 17 de diciembre del 2015, junto con la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 42 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que es beneficiaria del régimen de transición y que conforme se declaró en proceso judicial tiene derecho a una pensión bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990; que se encuentra casada con el señor Jorge Enrique Baquero Rincón desde el 30 de marzo de 1975; que su cónyuge depende económicamente de ella, pues no recibe pensión, ni ningún tipo de renta o ingreso; que tiene una hija inválida que nació el 7 de febrero de 1996 y otra hija que nació el 25 de agosto de 1998; que dependía económicamente de ella mientras realizaba sus estudios; que solicitó el incremento deprecado sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 53), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que el incremento deprecado desapareció de la vida jurídica con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 conforme lo estableció la Corte Constitucional. Propuso como excepciones de mérito las de carencia de causa para demandar, inexistencia del derecho reclamado, 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 de indemnización moratoria, pago, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, compensación y la genérica. (fol. 54 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de agosto del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 71 y s.s.)

Su decisión se basó en que, conforme a la postura de la Corte Constitucional, los incrementos deprecados sufrieron una derogatoria. Que al momento en que se reconoció la pensión a la demandante los incrementos ya se encontraban derogados.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que hay algunas salas de esta Corporación que acogen la postura de la CSJ que dice que los incrementos deprecados aún se encuentran vigentes. Que se debe hacer una excepción de inconstitucionalidad frente a la sentencia de unificación. Que se debe dejar de aplicar la postura de la Corte Constitucional por seguridad jurídica, pues el proceso se interpuso antes de la sentencia de la Corte Constitucional. Que el derecho al incremento deprecado se hizo exigible desde que se profirió la sentencia que le reconoció su derecho pensional a la luz del Acuerdo 049 de 1990. Solicita se revoque la condena en costas.

6. Alegatos parte demandante. Señaló que la posición del alto tribunal de lo laboral, la Corte Suprema de Justicia, se ha mantenido pacífico a lo largo del tiempo, en punto de indicar que los incrementos pensionales por personas a cargo continúan vigentes en virtud del régimen de transición incorporado en el artículo 36 de la ley 100 de 1993; que han indicado 3 de las 7 salas del Tribunal Superior de Bogotá, que la argumentación esgrimida en la sentencia SU 140 de 2019 de la Corte Constitucional, es débil por cuanto dicha jurisprudencia pretendía unificar el aspecto jurídico de la prescripción y no de la vigencia, frente al cual no había un debate jurídico de relevancia susceptible de ser unificado.

7. Alegatos Colpensiones. Refirió que en lo que atañe a las pensiones de vejez o de invalidez causadas en vigencia de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder al reconocimiento de los incrementos pensionales consagrados en el artículo 21 del Decreto 758 de 1990 en tanto que el artículo 22 de dicha normatividad señaló de manera expresa que “Los incrementos de que trata el artículo anterior no forman parte integrante de la pensión de invalidez o de vejez que reconoce el Instituto de Seguros Sociales.”; la Ley 100 de 1993, nada dispuso respecto a la concesión de tales incrementos y el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que contempla el régimen de transición, únicamente mantuvo las condiciones de edad, tiempo y monto contenidas en la legislación anterior y no se refirió a prestaciones distintas como los incrementos pensionales que en este caso se pretenden.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiaria, y los mismos se encuentran prescritos?

Vigencia de los incrementos consagrados en el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990.

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa 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 accesorio 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 accesorio al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta

con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina constitucional

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996, como se expuso, entre 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 Marina Rincón de Baquero , a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante sentencia del 19 de abril del 2018, proferida por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá (fl. 5 y s.s.), 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.

Costas

En cuanto a la solicitud de la demandante 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, que en este caso fue ella.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

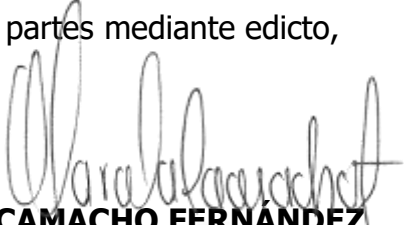
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de agosto del 2020, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

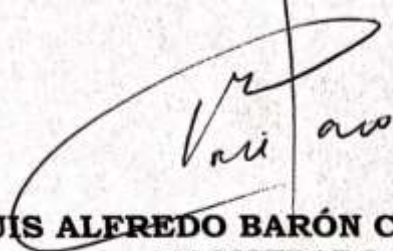
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva Voto



LUIS ALEREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JULIO CESAR TASCON
DEMANDADO: COLPENSIONES
RADICACIÓN: 1100131050-11-2019-00091-01
ASUNTO: APELACION SENTENCIA DEMANDANTE
TEMA: INCREMENTO DEL 14%

Bogotá D.C, veintinueve (29) de enero del dos mil veintiuno (2021)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. BELCY BAUTISTA FONSECA, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Julio Cesar Tascón Minota instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES con el fin de que se le condene a la demandada el incremento pensional del 14% por persona a cargo a partir del 1° de octubre del 2009, junto con los intereses moratorios, la indexación de las sumas adeudadas y las costas del proceso. (fol. 2 y s.s.).

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que mediante la Resolución N° 020398 del 2009 Colpensiones le reconoció una pensión de vejez a partir del 1° de octubre del 2009 por ser beneficiario del régimen de transición y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990; que convive en unión marital de hecho con la señora Ana Manuela Orozco Barrios desde hace 25 años; que conviven de manera permanente e ininterrumpida bajo el mismo techo y compartiendo el mismo lecho; que su compañera permanente depende económicamente de él y no disfruta de una pensión; que solicitó ante la demandada el reconocimiento del incremento deprecado, sin obtener una respuesta favorable.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 26), sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que los incrementos deprecados desaparecieron del ordenamiento jurídico a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993. Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia del derecho y de la obligación a cargo de Colpensiones, carencia de causa para demandar, 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 de indemnización moratoria, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos, prescripción, no procedencia al pago de costas en Instituciones Administradoras de Seguridad Social del Orden Público y la genérica. (fol. 27 y s.s.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de julio del 2020, en la que la falladora de primera instancia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. (fol. 48 y s.s.)

Su decisión se basó en que acoge la postura de la CSJ. Que el demandante logró probar que tenía cónyuge que dependía económicamente de él; sin embargo, se debe absolver pues su derecho a reclamar lo incrementos se encuentra prescrito, pues transcurrieron más de 3 años entre el reconocimiento de la pensión y la reclamación administrativa.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación argumentando que si bien transcurrieron más de 3 años; lo cierto es que lo que prescribe no es el derecho sino de las mesadas que se vayan causando. Que se debe acoger la postura que le sea más favorable al actor.

6. Alegatos parte demandante. Arguyó que en el presente asunto se logró demostrar con las pruebas aportadas y practicadas en el trámite, que tiene derecho al reconocimiento del incremento pensional por personas a cargo de que trata el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, por lo que el derecho debe ser reconocido a partir de la fecha de causación de la prestación pensional que da origen a este beneficio. Solicitó que en lo concerniente a la aplicación de la SU-140 de 2019, se insta a que dicha decisión no sea aplicada en el presente caso, en razón a que la demanda fue presentada antes de su expedición y, por lo tanto, se debe resolver la controversia bajo los lineamientos anteriores a la sentencia de unificación, en aras de salvaguardar los derechos constitucionales al debido proceso, seguridad jurídica y confianza legítima.

7. Alegatos Colpensiones. Indicó que a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, lo incrementos establecidos por el decreto 758 de 1990, perdieron vigencia, desapareciendo de la vida jurídica, pues la citada ley no contempla dichas prestaciones, ni mucho menos las incluyó dentro de aquellas que conservan vigencia con posterioridad a la entrada en vigor de la misma, como sucede con los derechos establecidos en el artículo 36 de la ley comentada. Señaló que conforme al más reciente pronunciamiento de la Honorable Corte Constitucional en sentencia SU 140 de 2019, se pudo de presente que los incrementos pensionales consagrados en el articulado 21 del Decreto 758 de 1990 fueron objeto de derogatoria orgánica a partir del 1º de abril de 1994.

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.

El **problema jurídico** que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Los incrementos por personas a cargo, establecidos en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, se encuentran vigentes, en caso afirmativo, si la demandante cumple con los requisitos contenidos en la norma en cita para ser su beneficiario y si los mismos se encuentran prescritos?

Vigencia de los incrementos consagrados en el artículo 21 del acuerdo 049 de 1990

En relación con la vigencia de los incrementos por personas a cargo, consagrados en el art. 21 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, el cual señala que las **pensiones mensuales de invalidez y vejez se incrementarán** en un 14% y 7% por cónyuge o compañero(a) permanente o hijos menores o inválidos del beneficiario, que dependan económicamente de éste y no disfruten de una pensión, es necesario precisar que, la Sala Mayoritaria **acoge los fundamentos** sentados por la sala plena de nuestra máxima corporación de justicia Constitucional en la sentencia **SU-140 de 2019**, quien luego de un análisis exhaustivo de la situación y de detectar que sus distintas salas de revisión habían desarrollado líneas jurisprudenciales opuestas en relación con los efectos de la aludida norma, **unifica su criterio**, ultimando que fueron orgánicamente derogados a partir de la vigencia de la ley 100 de 1993 y en consecuencia, solo conservan efectos ultractivos para quienes tenían un derecho adquirido al momento de la expedición de la ley de seguridad social integral.

A la anterior conclusión arriba, luego de establecer que fue a través de la **Ley 100 de 1993**, que el Estado intentó enfrentar el arcaico sistema de seguridad social que se manifestaba como financieramente inviable, con baja cobertura e inclemente inequidad, para cuya solución fue necesario la reestructuración del sistema con miras a lograr una mejor eficiencia del servicio, con inclusión de los sectores más vulnerables, adecuándose a las nuevas condiciones demográficas y de esperanza de vida, equilibrando la relación entre las contribuciones y beneficios, mejorando los rendimientos de los aportes para garantizar la sostenibilidad futura del sistema.

Con similares objetivos, fue expedida la **Ley 797 de 2003** y el **Acto Legislativo 01 de 2005**, que propenden por la finalización de regímenes especiales diferentes al del régimen general, obligatoriedad y uniformidad de los requisitos para acceder a la pensión de vejez, tope máximo del valor de las pensiones, cobertura universal y pago efectivo de las prestaciones; de ahí la importancia de haber previsto cambios que permitieran no solo la equidad sino también la sostenibilidad financiera del sistema.

De esta manera concluye la alta corporación, que si bien la Ley 100 de 1993, **no dispuso una derogatoria expresa** de dicha dativa 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 depende del contenido de sus artículos 2º, 5º, y 6º, se configura una **derogatoria tácita**, que la jurisprudencia ha convenido en denominarla como **derogatoria orgánica**, cuya consecuencia jurídica no es otra que, dejar sin vigencia las regulaciones anteriores dentro de los cuales cohabitaban los referidos incrementos, sin

perjuicio de lo dispuesto en el nuevo sistema respecto de los **derechos adquiridos** y los **regímenes de transición** normativa.

Frente al tema de los **derechos adquiridos**, deben atenderse los artículos 11, 36 y 289 de ley 100 de 1993, que en acatamiento del art. 58 de nuestra Carta Política, establecen su salvaguarda, por ende, quienes se hayan pensionado con anterioridad a la expedición de la Ley 100 de 1993 o hayan cumplido para dicho momento los presupuestos de la normativa anterior, conservan el derecho al incremento pensional, siempre que mantengan las condiciones previstas en el art. 21 del Decreto 758 de 1990.

Y respecto del **régimen de transición**, mecanismo dirigido a proteger las **expectativas legítimas** de quienes estaban próximos a pensionarse, el art. 36 de la Ley 100 de 1993, limitó la aplicación ultractiva de las reglas de los regímenes anteriores, solamente a tres aspectos: **edad, tiempo y monto**. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez deben regirse por las disposiciones contenidas en la ley 100, por así disponerlo la norma en mención.

Ahora, no puede pretenderse que se incluya el incremento deprecado en el **monto** de la pensión a que alude el régimen de transición, pues acudiendo a su descripción normativa resulta clara su naturaleza accesoria a la pensión de vejez, como se extrae del contenido del art. 22 del Decreto 758 de 1990, que señala que no forman parte integrante de la pensión de invalidez o vejez que reconoce el ISS. Hecho éste que **reafirma** aún más la existencia de una **derogatoria orgánica** del sistema pensional anterior, ya que, de no haber existido, el legislador no hubiera tenido que establecer un régimen de transición como mecanismo para salvaguardar las aspiraciones de quienes estaban cerca a acceder a un derecho en virtud del régimen que se pretendía reemplazar.

Tampoco se puede considerar que los incrementos estudiados tengan la connotación de un **derecho adquirido** para aquellas personas **beneficiarias del régimen de transición**, en tanto, nunca nacieron a la vida jurídica, por no haberse cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez con antelación a la vigencia de la Ley 100 de 1993. Es claro que ellos cuentan con una naturaleza accesoria al derecho principal, que no es otro que la pensión de vejez.

De igual manera, resulta imposible llegar a la conclusión de que se trata de los **beneficios económicos** de que trata el **AL 01 de 2005**, pues ellos están previstos como ayuda para personas de escasos recursos sin posibilidad de acceder a una pensión de vejez.

Abundando en razones y en defecto de la derogatoria orgánica, encuentra la Corte que con la expedición del A.L. 01 de 2005, existe una **derogatoria tácita en estricto sentido**, al haberse expulsado del ordenamiento el art. 21 del Decreto 758 de 1990, al ser evidentemente contrario a la norma constitucional, que restringe los beneficios pensionales únicamente a los previstos en la Ley 100 y demás normas posteriores, y al no acompasarse con la correspondencia que según su contenido debe existir entre aportes y el monto pensional, ya que el sistema de seguridad social integral no cuenta con cotizaciones que soporten el reconocimiento de los incrementos, afectado su sostenibilidad financiera.

Y finalmente, si los anteriores razonamientos no resultaren suficientes para entender que los incrementos han sido orgánicamente derogados, arguye sabiamente nuestra Corte que sería necesario **inaplicarlos por inconstitucionales** pues no se avienen al contenido del inciso 11 del art. 48 de la CP, por las mencionadas razones.

Conforme a lo anteriormente expuesto, es evidente que los incrementos previstos en el art. 21 del Decreto 758 de 1990 desaparecieron del mundo jurídico desde que entró a regir la Ley 100 de 1993, los cuales solo conservan efectos ultractivos para quienes a dicha data cuenten con un derecho adquirido. En respaldo de este razonamiento, no resulta viable la aplicación del **principio de favorabilidad**, que depende de la existencia de dos o más normas jurídicas vigentes, ni menos aún del **principio de indubio pro operario**, pues no tiene sentido examinar el propósito de una norma que se itera, perdió su vigencia en el ordenamiento jurídico.

Respeto de la doctrina constitucional

Debe destacarse que el pronunciamiento efectuado por nuestra Corte Constitucional resulta **vinculante** al producir efectos jurídicos desde el día siguiente a la fecha en la cual se tomó la decisión, en consecuencia, tiene efectos inmediatos, debiendo aplicarse independientemente de la fecha de radicación del proceso de conformidad con lo estatuido en art. 56 de la Ley 270 de 1996 y como se expuso entre 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 unificadoras 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 de la señor Julio Cesar Tascón Minota, a quien se le reconoció una pensión de vejez mediante la Resolución N° 020398 del 25 de septiembre del 2009 (fl. 17 y s.s.), por ser beneficiario del **régimen de transición** y cumplir con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en consecuencia, al no contar con un derecho adquirido a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, sino con una mera expectativa- siguiendo los derroteros expuestos-, no queda otro camino que absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.

En consecuencia, se confirmará la absolución impartida en primera instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de julio del 2020, por el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

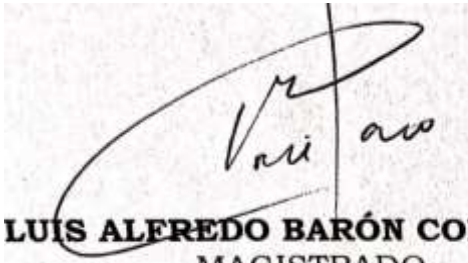
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
Salva Voto



LUIS ALFREDO BARÓN CORREDOR
MAGISTRADO.

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