



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JOSÉ RAÚL CRUZ VIVAS
DEMANDADO: COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS.
RADICACIÓN: 23-2019-00359-01
TEMA: APELACIÓN ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JOSÉ RAÚL CRUZ VIVAS, instauró demanda ordinaria contra la COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS, LIBERTY SEGUROS S.A., LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.- ARL, CRUZ BLANCA EPS y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato laboral a término indefinido desde el 09 de abril de 2007 hasta el 02 de septiembre de 2016; que se declare la existencia de una enfermedad médico laboral degenerativa lumbar y auditiva; que se efectué y continúe con la evaluación y determinación del grado de lesión lumbar degenerativa y auditiva; que se restablezcan los derechos laborales y médicos hasta que se cumpla la orden por el juez; que LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.- ARL, CRUZ BLANCA EPS y JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ hagan la revaluación y calificación de la pérdida de capacidad laboral. De manera subsidiaria, peticiona que se declare que al momento de su retiro devengada un salario de \$1.565.500; que el contrato fue terminado sin justa causa; que la COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS, es responsable de la violación de los derechos laborales como la estabilidad laboral reforzada, los permisos de la ley María, del estado de gravedad de su compañera sentimental, así como también que la entidad es contraventora de los derechos laborales, tales como el pago del sueldo, horas extras, reubicación laboral y el pago de todas las prestaciones no liquidadas debidamente; que se declare que la COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS es contraventora de los derechos laborales relacionados con el deterioro físico y psicológico, de su columna, su parte auditiva y su pérdida de capacidad laboral; que se declare una recalificación por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, de la pérdida de capacidad laboral, por su trauma de columna y parte auditiva y el avance degenerativo que ha sufrido su estado de salud; que se desestime la primera liquidación efectuada por Liberty Seguros S.A. a fin de que se cancele en debida forma la indemnización permanente parcial; que se declare restablecidos todos los derechos de sus prestaciones sociales, los tratamientos médicos dejados de recibir; que se declare nula la renuncia presentada por falta de elementos legales y estructurales; que LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.- ARL, y CRUZ BLANCA EPS, restablezcan de inmediato los derechos que le han sido negados.

Que como consecuencia de lo anterior, se condene a la COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS, al pago de los emolumentos dejados de cancelar por el contrato a término indefinido, al reintegro y reubicación de funciones laborales, junto con el pago de la prima de servicios, vacaciones, salarios dejados de percibir, cesantías, intereses a las cesantías, aportes a la seguridad social, caja de compensación familiar, gastos médicos por el tiempo que no se prestaron los servicios médicos por la supuesta terminación del contrato, a la indemnización del artículo 64 del CST, a la indemnización del artículo 65 del CST, a la indemnización por despido sin justa causa por la estabilidad laboral reforzada, al pago de las incapacidades por Ley María que no fueron canceladas, al pago de los gastos por medicina a consecuencia de su deterioro de salud, al pago por vulneración del derecho a la salud, vida y familia, al pago del lucro cesante y daño emergente, al pago de los gastos de transporte e indemnización por las labores que le eran exigibles por fuera de las funciones laborales, al pago en conjunto con LIBERTY SEGUROS S.A., y LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.- ARL, del respectivo pago de las indemnizaciones por el tratamiento médico, así como también el pago de la indemnización por la enfermedad lumbar y auditiva, dejado de efectuar desde su retiro hasta cuando se haga efectivo el reintegro, a la indexación, lo ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró para la COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS desde el 1 de abril de 1996 hasta el 2 de septiembre de 2016; que ocupó varios cargos como oficios varios, auxiliar de soplado, auxiliar de molino rápido, abastecedor y pesador de material, auxiliar de EREMA, siendo su último cargo como montacarguista; que el horario pactado era de 5:30 am a 2:00 pm, pero que no se cumplió, ya que salía a las 5:00 pm, y en ocasiones le era doblado el turno, saliendo a las 2:00 am; que ante las diversas presiones psicológicas y físicas diarias se vio en la imperiosa necesidad de renunciar de manera obligada, ya que no le daban permisos o cambios de turnos para atender a su compañera sentimental que tenía embarazo de alto riesgo y requería de su compañía; que adicional al estado de salud de su compañera sentimental, la salud del actor cada vez se estaba deteriorando, máxime que la entidad nunca le permitió que tuviera la atención médica, prohibiéndole salir a citas médicas programadas; que la EPS CRUZ BLANCA no le brindó los medicamentos adecuados y recomendados por el médico para el tratamiento por el desgaste en los discos de la columna; que el 20 de junio de 2013 fue evaluado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, con una enfermedad de carácter degenerativa con PCL del 24%; estaba siendo valorado por la EPS CRUZ BLANCA y LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A. – ARL por el diagnóstico de pérdida auditiva, que jamás fue resuelto; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá solo se pronunció sobre el trauma lumbar, desconociendo la disminución auditiva; que la ARL tramitó la indemnización sobre el 24 % de PCL, sin existir pronunciamiento por la Junta de calificación respecto del tema auditivo; que la COMPAÑÍA IBEROAMERICANA DE PLÁSTICOS SAS hizo caso omiso a las recomendaciones laborales; que ante la negativa de los permisos, la reubicación laboral y la omisión en atender las recomendaciones optó por la medida desesperada de renunciar; que la renuncia carece de motivación, así como tampoco se colocó que la misma era irrevocable, debido a la presión e intimidación de la que era objeto; que fue obligado a redactar la renuncia; que se le entregó la liquidación final de prestaciones, pero no le fueron canceladas las horas extras, además de las incongruencias en la certificación laboral; que debido a su estado de salud el cual cada vez está más comprometido, se ha visto en la imperiosa necesidad de acudir a estas instancias. (fls. 126 a 134).

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

pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1 Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá: Al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, con fundamento en que las patologías Espondilólisis, Espondilolistesis, otras degeneraciones especificadas del disco intervertebral y lumbago no especificado, ya fueron declaradas como de origen laboral, excepto la auditiva que debe diagnosticarse y luego calificarse en el origen y pérdida de capacidad laboral por la EPS o ARL según lo establecido en el Decreto 109 de 2012. Propuso como excepciones de mérito la que denominó buena fe de la parte demandada (Fol. 261 y 267).

3.2 Compañía Iberoamericana de Plásticos SAS.: Presentó oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, con base en que la entidad cumplió con todos los pagos a que tenía derecho el demandante durante la vigencia de la relación laboral en desarrollo del contrato a término fijo existente entre las partes; que no es procedente el reintegro y reubicación dado que el demandante fue quien presentó renuncia voluntaria a la empresa. Esgrimió como excepciones de fondo las de prescripción, pago, compensación, y buena fe de la compañía. (Fols. 333 a 343)

3.2 Liberty Seguros S.A.: Presentó oposición a las pretensiones incoadas en la demanda, argumentando que el actor pretende el reconocimiento de prestaciones asistenciales y económicas que son propias de las aseguradoras de riesgos laborales, categoría que no ostenta la demandada; además que Liberty Seguros S.A. constituye una persona jurídica autónoma e independiente de Liberty Seguros de Vida S.A.. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, prescripción de la acción, prescripción de las prestaciones, pago, compensación, buena fe, y la genérica. (Fols. 360 a 375)

3.3 Liberty Seguros de Vida S.A.: Se opuso a las pretensiones demandatorias con fundamento en que le fueron reconocidas oportunamente las prestaciones asistenciales y económicas, frente a las cuales no manifestó inconformidad alguna, además que frente al tratamiento médico adujo que está a cargo de la EPS donde se encuentre afiliado. Como excepciones de fondo propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, plena validez y eficacia a los dictámenes emitidos el 27 de enero de 2011 y el 5 de junio de 2015, presunción de origen común de las enfermedades no calificadas como laborales, pleno cumplimiento de las obligaciones a cargo de ARL Liberty, prescripción de las acciones, prescripción de las prestaciones establecidas en el sistema general de riesgos profesionales, pago, compensación, buena fe, y la genérica. (Fols. 385 a 400)

3.4 Cruz Blanca EPS.: Manifestó que no puede pronunciarse respecto de las pretensiones ya que nunca fue empleador de la parte demandante, además que no existe ningún hecho que demuestre algún incumplimiento por la demandada. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia del hecho sustento del proceso, no demostración de los hechos en que se pretenden sustentar las pretensiones, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, y otras excepciones. (Fols. 1 a 12 archivo contestación)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 15 de febrero del 2022, en la que el fallador absolvió a las demandadas de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante, condenándolo en costas.

Para arribar a tal decisiva, lo primero que dejó sentado es que no se discuten los extremos laborales, quedando demostrado que la relación se ejecutó entre 9 de abril de 2007 hasta el 2 de septiembre de 2016, ya que así se reconoce en la contestación por la demandada, siendo objeto de discusión la modalidad, pues mientras la parte demandante aduce que existió un contrato a término indefinido, la parte demandada afirma que lo es a término fijo.

Que el certificado de Gestión Humana da cuenta que el contrato que ligó a las partes fue a término fijo, lo cual también se extrae de la liquidación de prestaciones sociales, del certificado del 4 septiembre de 2015 y del contrato de trabajo suscrito el 3 de abril de 2007, sin que existe prueba que permita entender que se celebró a término indefinido, ya que el hecho de que se haya prorrogado por más de cinco años, no cambia su modalidad.

Respecto a la nulidad de la renuncia, consideró que en la carta el demandante manifestó su renuncia al cargo de operario que venía desempeñando, a partir del 2 de septiembre de 2016, sin que exista prueba que permita establecer que la demandada obligó a redactarla, por lo que, se quedó en la simple afirmación del trabajador, además tampoco se constata fuerza o presiones indebidas conforme lo establece el artículo 1508 y siguientes del Código Civil; que la forma de terminación del contrato obedeció a una decisión libre y voluntaria de renunciar, sin que puedan considerarse causas imputables al empleador, ya que no indicó nada en la carta, no siendo el momento para aducir cuestiones diferentes, de conformidad con el artículo 62 del CST. En otras palabras, no se explican las causales y motivos de la renuncia en la carta de finalización del contrato por lo que no es posible acceder a la indemnización del artículo 64 del CST, ya que no se presentó despido sin justa causa, y ello lleva a absolver también de a la indemnización por estabilidad laboral reforzada, dado que la prohibición de la ley 361 de 1997, hace referencia a que su terminación no puede ser por razón a su discapacidad, y lo que acá se presentó fue renuncia voluntaria.

Respecto a las calificaciones de pérdida de capacidad laboral, consideró que tanto la Junta Regional de Calificación de Invalidez, como la ARL Liberty Seguros de Vida S.A., diagnosticaron las enfermedades del actor como de origen laboral, incluida la hipoacusia, sin que el actor haya manifestado inconformidad al respecto en el trámite de calificación. Que de conformidad con el artículo 7 de la ley 772 de 2002, se puede volver a calificar la pérdida de capacidad laboral en patologías de carácter progresivo, y en caso de determinarse un porcentaje de PCL superior al establecido inicialmente, se reconoce el mayor valor en la calificación por parte de la ARL; sin embargo, en el caso bajo examen no existe solicitud por parte del demandante de recalificación y tampoco inconformidad ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez respecto a la enfermedad de hipoacusia neurosensorial.

Que la ARL Liberty Seguros de Vida S.A., reconoció la indemnización permanente parcial por valor de \$18.396.010 al tener una PCL 24%, sin que pueda reconocerse un mayor valor al no existir dictamen que establezca un porcentaje superior de PCL; que en relación con los perjuicios, no se logra demostrar la causación de los mismos, máxime que desistió de las pretensiones de ineficacia del retiro por estabilidad reforzada y ninguna pretensión está dirigida a demostrar culpa patronal; en lo que respecta a los gastos médicos, aduce no se acredita ningún gasto asumido por este concepto, y no se discute la falta de pagos de aportes en salud; en cuanto a los gastos de transporte, no se encuentra acreditado que hubieran efectuado labores de mensajería y que haya incurrido en gastos de transporte; que no es procedente la

indemnización moratoria, ya que no se demuestra que hubiese laborado horas extras y el número concreto de las mismas, es decir, no hay prueba alguna respecto de haber laborado trabajo suplementario.

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la parte actora formuló recurso de apelación manifestando que están plenamente constituida la prueba, en cuanto a la no calificación de la parte auditiva, el error de la certificación laboral y la liquidación final de prestaciones sociales, toda vez que dentro de las pruebas la ARL y la EPS se inclinaron a tener en cuenta la enfermedad lumbar y no la auditiva.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Cruz Blanca EPS. Solicita que se confirme la decisión absolutoria de primer grado, ya que el demandante ya fue calificado por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, y no presentó inconformidad.

5.2 Seguros Bolivar S.A. Presentó alegatos sosteniendo que debe confirmarse la decisión de instancia, dado que no resulta procedente ordenar una recalificación de la pérdida de capacidad laboral del actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**:

- ✓ ¿Con los medios probatorios allegados, es procedente determinar un porcentaje superior al 24% de PCL del actor, en la que se incluya el diagnóstico de Hipoacusia Neurosensorial Bilateral?

En caso positivo,

- ✓ ¿Hay lugar a ordenar el reconocimiento de la indemnización permanente parcial en un monto superior al reconocido por la ARL LIBERTY SEGUROS DE VIDA S.A.?
- ✓ ¿Existe inconsistencia en el salario reportado en la última certificación laboral emitida al actor con respecto al salario que se tuvo en cuenta en la liquidación final de prestaciones sociales?

Relación laboral, su modalidad, y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, ni la modalidad del contrato; hechos que fueron aceptados en la contestación de la demanda y no fueron recurridos por las partes, los que además se corroboran con la documental de folios 32, 33, y 344 a 349, contentivos de certificación laboral, liquidación final de prestaciones y contrato de trabajo, quedando acreditado que relación laboral que se extendió desde el 09 de abril de 2007 hasta el 02 de septiembre de 2016.

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si el diagnóstico Hipoacusia Neurosensorial Bilateral fue tenido en cuenta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral por parte de la Junta Regional de Calificación de Invalidez, así como también, si existe inconsistencia en la certificación laboral y la liquidación final de prestaciones en lo tocante al salario que se tuvo en cuenta, por manera que para efectos de entrar a su estudio se procede a efectuar la valoración de las pruebas en su conjunto aportadas al instructivo, conforme lo determina los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Procedimiento calificación del origen de la enfermedad

Empecemos por señalar que el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994, establece que la calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será efectuada en primera instancia por la Institución Prestadora de los Servicios de Salud que atienda al afiliado, y que el médico o la comisión laboral de la ARL determinarán el origen en segunda instancia; de igual forma, que de persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículo 41 y siguientes de la ley 100 de 1993 y sus reglamentos.

A la par, el artículo 41 de la Ley 100 de 1993 establece que *"Corresponde al Instituto de Seguros Sociales, a las Administradoras de Riesgos Profesionales, ARP, a las Compañías de Seguros que asuman el riesgo de invalidez y muerte y a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, determinar en primera oportunidad la pérdida de capacidad laboral y calificar el grado de invalidez y el origen de las contingencias. En caso de que el interesado no esté de acuerdo con la calificación, dentro de los cinco (5) días siguientes a la manifestación que hiciere sobre su inconformidad, se acudirá a las Juntas de Calificación de Invalidez del orden regional, cuya decisión será apelable ante la Junta Nacional. Contra dichas decisiones proceden las acciones legales"*.

Por su parte el Decreto 2463 de 2001, en el artículo 6º indica que *"Las controversias que surjan con ocasión de los conceptos o dictámenes emitidos sobre el origen o fecha de estructuración, serán resueltas por las juntas regionales de calificación de invalidez"*.

Descendiendo al sub examine, la controversia gravita en determinar si en el dictamen de pérdida de capacidad laboral de la Junta Regional de Calificación de Invalidez se dejó de incluir la Hipoacusia Neurosensorial Bilateral, ante lo cual, de entrada se dirá que no le asiste razón a la parte actora, ya que obra en el expediente prueba que determina que el referido diagnóstico si fue tenido en cuenta por parte de la ARL Liberty Seguros de Vida S.A., y fue con base en el mismo, sumado al de Discopatía Lumbar – Anterolistesis que se generó el valor de \$18.396.010 como indemnización por incapacidad permanente parcial (Fol. 29), aspectos sobre las cuales estuvo conforme el actor, tal como se constata a folio 28.

Ahora, ciertamente como se deduce de la normatividad anterior, es la Junta Regional de Calificación quien dirime en el trámite administrativo las controversias que se susciten por la entidad calificadora, bien sea EPS o ARL, lo que ocurrió en el sub lite, dado que inicialmente los diagnósticos de espondilolistesis y discopatía lumbar fueron calificados por la ARL Liberty Seguros de Vida S.A. (Fol. 65) como de origen común, y en virtud de la inconformidad planteada por el demandante el demandante el 17 de abril de 2013 (Fol. 67), se remitió su caso a la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

La Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 20 de junio de 2013 (Fol. 56 a 64), concluyó que *"el trabajador está expuesto al factor de riesgo ergonómico, el desenlace esta plausiblemente asociado. La espondilolistesis y la discopatía lumbar son en este caso enfermedades de origen laboral"*.

Para la Sala queda claro que la controversia que dirimió la Junta Regional de Calificación de Invalidez fue respecto a los diagnósticos que inicialmente fueron calificados por la ARL Liberty Seguros de Vida S.A. como de origen común, en la que no se encuentra el diagnóstico de Hipoacusia Neurosensorial Bilateral, ya que este fue calificado como de origen laboral por la ARL Liberty Seguros de Vida S.A. (Fol. 39), y por ello, de ninguna manera podía la Junta Regional de Calificación de Invalidez entrar a estudiar tal patología en su dictamen, y aquella es la razón por la que solo hace referencia a las patologías o diagnósticos de espondilolistesis y discopatía lumbar, determinando que las mismas no son de origen común sino laboral, incluso tal dictamen estuvo limitado a únicamente a definir el origen de tales diagnósticos, sin entrar a ponderar porcentajes de pérdida de capacidad laboral, ya que se insiste, la inconformidad que debía resolver solo estaba circunscrita al origen de los diagnósticos ya referidos.

En ese orden, no le asiste razón a la parte actora en estimar que debía haberse tenido en cuenta en el dictamen de la Junta Regional de Calificación de Invalidez el diagnóstico de Hipoacusia Neurosensorial Bilateral, pues ninguna inconformidad adujo al respecto ante la Junta Regional de Calificación de Invalidez.

De lo expuesto y acorde con lo establecido en el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, que establece que quien puede controvertir el dictamen es *"el interesado"*, resulta diáfano concluir que el demandante podía plantear la inconformidad a efecto de que la Junta Regional, y por vía de apelación la Nacional, determinaran en el trámite administrativo el origen de la enfermedad y su porcentaje de calificación, pero no lo hizo, y si bien, *"Contra dichas decisiones proceden las acciones legales"*, es decir, proceden las acciones legales contra los dictámenes emitidos por las juntas de calificación de invalidez, lo cierto es que, en el presente asunto no se plantea en la demanda la nulidad del dictamen, no se aporta otro dictamen y mucho menos se solicitó que se efectuara alguno en el transcurso del proceso que lleve a determinar que su pérdida de capacidad laboral no lo es del 24% sino un porcentaje superior, aspecto que es trascendental en esta clase de procesos, pues no puede el juez sin elementos de juicio técnicos entrar a determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 25 de mayo de 2005, rad. 24223, reiterada en proveído SL18016 del 6 de diciembre de 2016, adocina que pese a que los falladores de instancia gozan de libertad para valorar las pruebas conforme el artículo 61 del C.P.T y S.S, cuando *"lo hacen respecto de un medio probatorio, como el dictamen emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez, será de perentoria observancia adoptarlo, según mandato expreso de los artículos 41 y 55 de la Ley 100 de 199..."*, (...) *"sin perjuicio de lo que puedan deducir de otras pruebas aportadas al proceso y que en un momento dado les ofrezcan una mejor o mayor convicción, por corresponder a la verdad que emerge del proceso."*

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

Adicionalmente, el Artículo 241 del C.P.C, hoy 232 del C.G.P, establece que el juez *"apreciará el dictamen de acuerdo con las reglas de la sana crítica, teniendo en cuenta la solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad de sus fundamentos, y las demás pruebas que obren en el proceso"*.

Con los anteriores basamentos jurídicos y jurisprudenciales, estima la Sala que, ninguna prueba se endereza en punto a atacar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del actor, ya que tan solo se refiere de manera genérica que no se tuvo en cuenta en el dictamen de pérdida de capacidad laboral el diagnóstico de Hipoacusia Neurosensorial Bilateral, sin embargo, como se mencionó con anterioridad, aquel sí fue tenido en cuenta, solo que al no haberse presentado inconformidad, no podía la Junta Regional de Calificación de Invalidez pronunciarse al respecto, pues su estudio estaba concentrado en el origen de las otras patologías dictaminadas como de origen común.

Acota la Sala que la pretensión del actor es obtener la reliquidación de la IPP en un mayor valor por variar el porcentaje de PCL, es decir, que no sea liquidada con el 24%, sino con un porcentaje superior, pero tal como se dijo, aquello no está llamado a prosperar; no obstante, el artículo 7° de la ley 776 de 2002, establece que *"En aquellas patologías que sean de carácter progresivo, se podrá volver a calificar y modificar el porcentaje de la pérdida de la capacidad laboral. En estos casos, la Administradora sólo estará obligada a reconocer el mayor valor resultante de restarle al monto de la nueva indemnización el valor previamente reconocido actualizado por IPC, desde el momento del pago hasta la fecha en la que se efectúe el nuevo pago"*, lo que significa que, la negativa de las pretensiones aquí establecidas, no constituye una talanquera para que el actor se someta a una nueva calificación para efecto de establecer de acuerdo a sus diagnósticos y su estado de salud actual, si procede un aumento de su PCL y si hay lugar a reconocer un mayor valor por parte de la ARL, pero se itera, como aquello no es objeto de este litigio, no queda otro camino para la Sala que confirmar la sentencia absolutoria de primera instancia.

Liquidación final de prestaciones sociales

Esgrime la apoderada judicial del actor de manera genérica que existe inconsistencia entre la certificación laboral que le fue entregada al actor con respecto a la liquidación final de prestaciones, ante lo cual, la Sala observa que dicho documento fue emitido el 05 de septiembre de 2016 (Fol. 32), es decir, tres días después de finalizada la relación laboral, contiene como "sueldo básico mensual" la suma de \$1.380.000 y como "último IBC reportado" la suma de \$1.565.000, lo que lleva a colegir que la parte actora pretende que en su liquidación final sea teniendo en cuenta la suma de \$1.565.000.

Al revisar la liquidación final de prestaciones, se observa que se tuvo en cuenta como sueldo básico la suma de \$1.380.000; sin embargo, para efectos de liquidación de vacaciones, prima legal, y cesantías, se tuvo como base una asignación superior, esto es, \$1.594.449 para primas, y \$1.650.338 para vacaciones y cesantías, lo que connota que incluso se efectuó sobre una asignación superior al "último IBC reportado" que aparece en la certificación laboral a que alude la actora, aspecto que lleva a desestimar la alzada y de contera a confirmar la absolución en este ítem.

Ahora, tampoco es posible tener en cuenta el promedio de horas extras que establece la certificación de folio 35, ya que aquella certificación data del mes de septiembre de 2015 y corresponde a un promedio del último año, es decir, de septiembre de 2015 a septiembre de 2014, debiendo tenerse en cuenta que la relación laboral del actor

feneció el 02 de septiembre de 2016, aspecto que imposibilita tener tal valor como parte del salario con el cual se hizo la liquidación final de prestaciones.

Así las cosas, sin que haya más por resolver, debido a que la sustentación de la apelación fue muy genérica y se concretó a los puntos ya resueltos, no queda otra disyuntiva diferente que confirmar la absolución declarada en primera instancia.

Costas

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

DECISIÓN

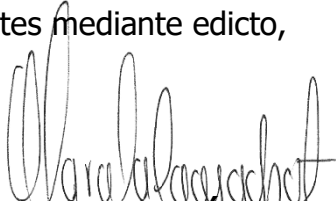
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 15 de febrero del 2022, por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones atrás vertidas.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: FLOR ALBA VELOZA RIAÑO
Demandado: MARÍA POLANIA DE BERMÚDEZ Y OTROS
Radicado No.: 110013105-037-2019-00008-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO– CONSULTA- CONFIRMA.

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. FLOR ALBA VELOZA RIAÑO, instauró demanda ordinaria contra MARÍA SIRLEY POLANIA y PEDRO CRISTO BERMÚDEZ, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 25 de agosto de 1993 hasta el 22 de diciembre de 2015, mismo que terminó por causa imputable al empleador. En consecuencia, se condene al encartado al pago de cesantías y sus intereses, indemnización por no consignación de las cesantías, indemnización por no pago de intereses a las cesantías, vacaciones, y la pensión sanción por no afiliación a un fondo de pensiones.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que fue vinculada de manera verbal por parte de los demandados para prestar sus servicios como empleada del servicio doméstico, a partir del 25 de agosto de 1993; que se pactó como salario básico mensual de \$43.000, el cual se incrementó anualmente, siendo su último salario para el año 2015 el valor de \$584.550; que en varias oportunidades reclamó a sus empleadores el valor adeudado por vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías, pero el empleador de forma arbitraria no le canceló; que se desempeñó en su labor recibiendo órdenes e instrucciones de María Shirley Polania y Pedro Cristo Bermúdez; que los empleadores no la afiliaron a la seguridad social, riesgos profesionales y fondo de pensiones y cesantías, así como tampoco a Caja de Compensación Familiar, ni al ICBF; que cuando se enfermó solicitó a su empleador la afiliación a una EPS pero hicieron caso omiso; que al ver enferma a la demandante, los empleadores empezaron a colocarle turnos; que el 22 de diciembre del 2015 los empleadores le manifestaron que la esperaban el 15 de enero de 2016 para retomar labores, sin embargo, una vez se presentó a su habitual sitio de trabajo le manifestaron que ya no necesitaban más de sus servicios; que el 25 de octubre de 2016 se presentó al Ministerio del Trabajo a fin de atender la diligencia administrativa laboral con los demandados, pero aquellos no asistieron. (Fols. 1 a 11 y 25 a 33).

2. Contestación de demanda.

2.1 PEDRO CRISTO BERMÚDEZ MORENO. Al contestar la demanda, se opuso a las pretensiones al carecer de fundamentos fácticos y legales, sosteniendo que la

demandante nunca ha estado bajo sus órdenes o subordinación. Como excepciones propuso las de prescripción, inexistencia del contrato laboral y la genérica. (Fol. 21 a 31).

2.2 MARÍA SIRLEY POLANIA DE BERMÚDEZ. Se opuso a las pretensiones de la demanda al carecer de fundamento fáctico y legal, además aduce que no existen elementos probatorios que sustenten mínimamente los hechos narrados y que la vinculen como empleadora. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, inexistencia del contrato laboral, y la genérica. (Fol. 43 a 48).

2.3 HEREDEROS PEDRO CRISTO BERMÚDEZ (Q.E.P.D). Manifestó a través de Curador ad litem que debe ser el juez quien valore y decida siempre que se pruebe en el juicio. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, y la genérica. (Fol. 69 a 70).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de enero del 2022, en la que el fallador absolvió a los demandados MARÍA SIRLEY PÓLANIA y a PEDRO CRISTO BERMÚDEZ (Q.E.P.D), así como a sus herederos determinados e indeterminados de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, imponiéndole costas.

Para arribar a tal decisiva, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante, para lo cual trajo a colación lo señalado en el artículo 24 del CST, indicando que aquella preceptiva establece una garantía a favor del trabajador que consiste en que se presume toda relación de forma personal que está regida por un contrato de trabajo, lo cual implica para el empleador desvirtuarla.

Así las cosas, aludió que, para demostrar el vínculo laboral, únicamente se allegó el acta de no comparecencia a la Inspección del Trabajo de fecha 18 de noviembre de 2016, con la cual no se puede dar por acreditada la prestación personal del servicio; que igualmente, la testigo Leidy Johana Garzón manifestó que su conocimiento es por lo que le dijo la demandante, además que relató que no conoció a la parte demandante, ni el lugar donde laboraba, e igualmente fue contradictoria con el dicho de la parte demandante, pues manifestó que en los últimos años tuvo que laborar de manera permanente, cuando ni siquiera la demandante en el interrogatorio manifestó tal situación, pues según el dicho de la actora siempre laboró por días; que en cuanto a las declaraciones de la parte demandada sostuvieron que la señora María Polania le regalaba cosas a la demandante, pero que nunca la vieron ejerciendo labores como empleada del servicio doméstico. Concluyó que no hay lugar a activar la presunción del artículo 24 del CST, ya que el elemento esencial de la prestación del servicio esta huérfano de prueba, y por ende, no se habilita la presunción a su favor, de manera que debía absolver a los demandados de todas las pretensiones incoadas en su contra.

(Fol. 73 a 74 con Cd de audiencia)

4. Impugnación y límites del ad quem. No fue recurrida por las partes, enviándose el expediente al Tribunal para surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal no se presentaron alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El estudio de la presente sentencia se hará bajo las directrices establecidas en el artículo 69 del CPTSS que consagra el grado jurisdiccional de consulta, esto es, revisando la decisión de instancia en su integridad por haber sido totalmente adversa a los intereses de la parte demandante.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo entre la demandante y los demandados, o por el contrario, la demandante no logró demostrar el elemento de la prestación personal del servicio?

Relación laboral

Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que exige la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma su existencia, dada a la presunción legal contenida en el artículo 24 de la norma sustancial; por manera que a la demandada le corresponde la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario.

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

Para resolver sea lo primero señalar que conforme al postulado "*onus probandi*", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), y a su vez, es pertinente reseñar los predicamentos de la H. Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral-, en sentencia del 04 de noviembre de 2015, Magistrado Ponente GUSTAVO HERNANDO LÓPEZ ALGARA, Radicación No 43377 (SL16110-2015), respecto a la carga de la prueba por activa frente a la necesidad de probar algunos presupuestos de la relación laboral o contrato de trabajo, en cuyo apartado pertinente reliev, que **"además de corresponderle al trabajador la prueba del hecho en que esa presunción se funda, esto es, la actividad o prestación personal del servicio, con lo que se establece que ese trabajo fue dependiente o subordinado, mientras la contraparte no demuestre lo contrario, también al promotor del proceso le atañe acreditar otros supuestos relevantes dentro de esta clase de reclamación de derechos, como por ejemplo el extremo temporal de la relación, el monto del salario, su jornada laboral, el trabajo en tiempo suplementario si lo alega, el hecho del despido cuando se demanda la indemnización de la terminación del vínculo, entre otros"**(Negrilla y subrayas de la Sala).

Ahora, consagra el artículo 61 del C.P.T y de la S.S que el juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por lo tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba, atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada

por las partes, a fin de llevar al juzgador la suficiente convicción para decidir con certeza sobre el objeto materia de litigio.

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con los demandados tuvo lugar en el período comprendido entre el 25 de agosto de 1993 al 22 de diciembre de 2015. Frente a esta pretensión en la contestación de la demandada, se señaló que no tenía fundamentación fáctica y legal, negando rotundamente la existencia de la relación laboral y por la misma razón se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo.

En ese sentido, aun cuando adujo el demandante la existencia de una relación laboral con el demandando, solo arrió como medio de convicción un documento fechado el 08 de noviembre de 2016, en la que la Inspección del Trabajo y Seguridad Social RCC 16, eleva constancia de no comparecencia a la audiencia de conciliación laboral de la señora CIELO POLANIA; sin embargo, tal documento no tiene la suficiente entidad para dar por acreditada la prestación del servicio y menos en el lapso pretendido en la demanda del 25 de agosto de 1993 al 22 de diciembre de 2015, pues considera la Sala que en esta clase de procesos, donde hay orfandad de prueba documental, la prueba testimonial resulta ser preponderante para dilucidar las condiciones de tiempo, modo y lugar en relación con el desarrollo de la aludida prestación personal del servicio a favor del demandado, pero nada de eso se logra acreditar en el plenario, ya que teniendo la oportunidad de hacer comparecer a la totalidad de los testigos decretados a su favor, no lo hizo, lo que denota total dejadez en sacar adelante sus pretensiones.

En este punto es preciso resaltar que, si bien fue allegado por parte de la activa el testimonio de la señora LEYDY JOHANA GARZÓN, dicha declarante solo se limitó a relatar lo que le había contado la demandante, anteponiendo a sus dichos la frase "*ella me comentó*" "*ella fue la que me comentó*", entre otras, que no permiten imprimirle credibilidad a sus aserciones, máxime cuando manifestó no conocer a los demandados, ni el lugar donde según la actora se prestó los servicios.

Para el efecto, viene a propósito traer a colación los pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia, en la sentencia del 3 de octubre de 2003, expediente No. 6861, M.P. Dr. César Julio Valencia Copete, en el siguiente apartado:

"De otra parte, es pertinente agregar que, como también lo ha enseñado esta Corporación, " ' ... conforme los principios que gobiernan la prueba testimonial, en la labor crítica de este medio de prueba el juzgador debe observar, a fin de determinar el grado de credibilidad o de convicción de las declaraciones, si el testigo percibió directamente el hecho sobre el cual depone, o si lo supo a través de otra persona, o si lo afirma por haberlo escuchado de la parte misma, en cuanto esta afirmación favorezca a ésta. Y en cuanto las dos últimas hipótesis, tiénese dicho que, frente al riesgo de equivocación o mentira en que pueden incurrir estos deponentes, el vertido en el proceso por haberse oído de interpuesta persona, tiene muy poco o escaso poder de convicción; y que ningún valor demostrativo ostenta el que se rinde cuando la versión proviene de lo que le han expresado al declarante alguna de las partes.' (sentencia N° 123 de abril 19 de 1988, sin publicar), luego siguiendo este rumbo de indiscutible valor en la crítica judicial del testimonio, obligado resulta concluir que no cabe atribuirle el grado extremo de credibilidad ... a lo dicho por quienes se limitan a

repetir lo que supuestamente les informó la persona a quien se imputa la paternidad que se investiga, de quien en virtud de su fallecimiento ocurrido con anterioridad al inicio del proceso, nada puede controvertirse, y esto deja por consiguiente sin posibilidad de verificación la versión suministrada por los testigos ...” (Negrillas fuera del texto)

Conforme con lo expuesto, en efecto está huérfano de prueba el requisito esencial de la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, el cual debe estar plenamente demostrado, por lo que no hay lugar a activar la presunción de que trata el artículo 24 del CST.

No sobra indicar que la parte demandada arrimó como prueba las declaraciones de las señoras Jessica Maldonado y Aura Buitrago, pero ninguna de las dos refirió conocer a la actora, negando rotundamente el haberla visto como empleada del servicio doméstico de la accionada.

De igual manera, Ángela Bermúdez (hija de los demandados), refirió conocer a la actora, pero negó que la misma haya prestado sus servicios para sus padres, ya que trabajaba donde un primo de su papá, motivo por el que le regalaron algunas cosas, pero es enfática en afirmar que nunca prestó los servicios como empleada del servicio doméstico.

En el hilo de lo expuesto, si lo que pretendía la actora era una sentencia acorde con lo deprecado en la demanda, obviamente tenía la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acreditaran la ocurrencia de los hechos estructurales de las disposiciones jurídicas que contienen los derechos reclamados, en tanto que al no hacerlo la decisión judicial necesariamente le será desfavorable.

Ello es así, dado que en los términos del artículo 164 de CGP, toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso, y a su vez el artículo 167 del ordenamiento en cita, dispone que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, con excepción de los hechos notorios (dentro de los que se encuentran los índices económicos) y las afirmaciones o negaciones indefinidas.

Por lo anterior, siendo que a la demandante, le correspondía como primera medida demostrar la prestación personal del servicio para que opere la presunción del artículo 24 del C.S.T, no refulge en el plenario medio de convicción probatorio para configurar la existencia de la relación laboral en los extremos pedidos en la demanda, por lo que no queda otro camino que absolver al demandado de las pretensiones incoadas por la actora, y de contera confirmar la sentencia proferida en primera instancia, pues de conformidad con el postulado "*onus probandi*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), la demandante no logró asumir la carga de la prueba de demostrar el primer elemento del contrato de trabajo.

Costas

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

DECISIÓN

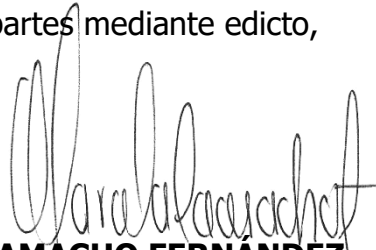
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de enero del 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN CONDENA en costas en esta instancia.

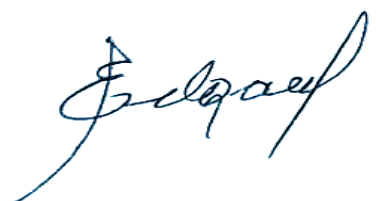
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: GEMA EUNICE ACOSTA NIÑO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-028-2019-00469-02
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. GEMA EUNICE ACOSTA NIÑO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado a la AFP PORVENIR S.A.; que como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES el valor de los saldos o aportes de su cuenta de ahorro individual, incluidos los gastos de administración; ordenar a COLPENSIONES a recibir a la actora junto con los dineros que traslade PORVENIR S.A.; condenar a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la suma de 50 SMLMV como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la actora, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al RPMPD desde el año de 1985; que se trasladó de régimen en el año 2000 hacia PORVENIR S.A.; que el traslado de régimen está viciado de un error insubsanable; que la AFP PORVENIR S.A. le ofreció “promesas y maravillas” respecto a que podía pensionarse en menor tiempo y con una mesada superior a la que recibiría en el ISS; que el 04 de marzo de 2019 solicitó la desvinculación a la AFP PORVENIR S.A., pero le fue negada a través de respuesta del 11 de marzo de 2019; que el 04 de marzo de 2019 solicitó ante COLPENSIONES la afiliación al régimen de prima media con prestación definida, sin embargo, le fue despachado desfavorablemente en respuesta de la misma fecha.

(fols. 3 a 41 y 337 a 365 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 77 a 78 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando para tal efecto que el origen de la presente acción no es un vicio en el consentimiento sino la inconformidad de la demandante con la mesada pensional; que su actuar genera una sobrecarga al RPMPD. Como excepciones de mérito propuso las que denominó protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 87 a 108).

3.2 AFP SKANDIA S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que las mismas están dirigidas a una persona jurídica diferente a la demandada. Como excepciones de fondo rotuló las cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe, y la genérica. (Fols. 429 a 448)

3.3 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que la demandante no allega prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la nulidad del acto jurídico de traslado, por lo que se debe tener como válido; que la entidad cumplió con los deberes de información que le eran oponibles al momento en que se realizó el acto de traslado; que en el evento de declararse la nulidad e ineficacia no es procedente la devolución de gastos de administración. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (fols. 151 a 211, y 379 a 417).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de mayo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar 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 a Colpensiones; Condenó a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas y finalmente condenó en costas a cargo de las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias que sobre el tema ha proferido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras, la SL31989 de 2008, SL4964 de 2018, SL4989 de 2018 y la SL3201 de 2018, señalando para tal efecto que el traslado se ve afectado cuando este no se realiza de manera informada; que le corresponde a la AFP demostrar las circunstancias bajo las que se dio el traslado de régimen para que su consentimiento se pueda considerar informado; que no se logró acreditar que la AFP PORVENIR S.A. haya brindado la información suficiente y necesaria a la demandante; que el formulario acredita a lo sumo un consentimiento pero no informado; que no es necesario que la demandante sea beneficiaria del régimen de

transición; que no se puede acreditar que la demandante hubiese recibido una asesoría completa; que la AFP privada debe trasladar aportes, cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración, seguro de invalidez y sobrevivencia. Y finalmente, que no opera la prescripción sobre la ineficacia del traslado.

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

5.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia de la a quo señalando para tal efecto que no se presentó la nulidad de traslado, y que se deben tener en cuenta los actos de relacionamiento, lo que permite suponer que la afiliada desea continuar en dicho régimen y presupone un conocimiento de la persona respecto al funcionamiento del régimen frente a beneficios y desventajas. Finalmente, solicita se tengan en cuenta las sentencias SL 3752 del 2020, SL1413 del 2018 y SL1061 del 2021.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, señalando para tal efecto que el traslado fue válido, como quiera que para la época el deber de información exigible se cumplió, se brindó una asesoría verbal y se verifica con el formulario de afiliación, además se acepta que de manera libre y voluntaria se está trasladando; que en el formulario se deja constancia de que se brindó la asesoría; que la actora si recibió información tal como se constata con el formulario; que si bien el deber de información ha existido desde la creación de las AFP, ha tenido desarrollo legal y jurisprudencial aumentándose las exigencias, pero que para la época del traslado era suficiente con la asesoría verbal y la firma del formulario de afiliación; que en este tipo de procesos no se realiza una debida interpretación de la norma que se debía aplicar; que lo importante para la época del traslado era que no haya coacción; que las proyecciones pensionales no era exigido para la época de 1999, tampoco el análisis del casos concreto; que no se deben exigir requisitos que no estaban vigentes para ese momento; que existió un acto jurídico voluntario de la demandante; que aceptó las condiciones del RAIS, y no se retractó de la decisión; que la única inconformidad es sobre su mesada pensional, pero tal situación no genera la ineficacia del traslado; que la demandante se ha beneficiado del RAIS con los rendimientos que se han generado, además que se le cubrieron las contingencias; que no resulta justo que estando cerca de la pensión utilice la ineficacia para retornar al régimen de prima media con prestación definida; que en caso de confirmar la decisión, no es procedente la devolución de los gastos de administración y sumas de la aseguradora, ya que se hicieron conforme el artículo 20 de la ley 100 de 1993 y además generó rendimientos, y por ello, por lo menos tiene derecho a conservar estos recursos.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 COLPENSIONES. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que se encuentra en la prohibición legal para retornar a COLPENSIONES.

7.2 SKANDIA.: Solicita que se confirme la decisión de instancia en lo que concierne a SKANDIA S.A..

7.3 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que para el momento del traslado no se encontraba en cabeza de la AFP el deber del buen consejo o de doble asesoría; que la demandante contaba con múltiples oportunidades para regresar al régimen de prima media y no lo hizo; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el concepto de la Superintendencia Financiera; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora GEMA EUNICE ACOSTA NIÑO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 24 de febrero de 1988, con cotizaciones hasta el 02 de noviembre de 1995, conforme aparece en la historia laboral (fol. 287 y 319); que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A con fecha de 22 de noviembre de 1999 (fol 217 y 315); que posteriormente se trasladó a OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A. el 01 de septiembre de 2010 (Pág. 217 y 465 Archivo No 01), y luego el 14 de febrero de 2012 pasó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A. (Fol 217), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de la AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

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

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: “***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de

información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1999, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 22 de noviembre de 1999, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

Frente al tópico encaminado a determinar si las AFP privada 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, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de SKANDIA S.A y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa el concepto de garantía de pensión mínima y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem, además no se hizo extensiva la condena a SKANDIA S.A.

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

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

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

SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

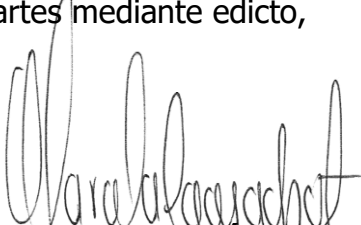
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 2 de mayo del 2022, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP PORVENIR S.A., se extiende también a la AFP SKANDIA S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo ha efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el cual deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

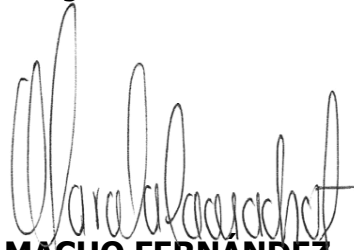


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: YONY ALEXANDER VARGAS CAJAMARCA
Demandado: BRINKS DE COLOMBIA S.A.
Radicación: 11001-3105-021-2020-00486-01.
Tema: FUERO CIRCUNSTANCIAL

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. YONY ALEXANDER VARGAS CAJAMARCA instauró demanda ordinaria contra BRINKS DE COLOMBIA S.A., con el propósito de que se declare que el vínculo laboral que unía a las partes se dio por terminado de forma unilateral, sin justa causa y sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario; que la terminación del contrato se produjo durante el acaecimiento de un conflicto colectivo de trabajo; que el despido no produce efecto alguno, y como consecuencia, se condene al reintegro al mismo o mejor cargo, en las mismas o mejores condiciones laborales que tenía, así como el pago de salarios y prestaciones legales dejados de cancelar desde el despido hasta que se haga efectivo el reintegro, la indexación y las costas procesales; de manera subsidiaria, que se declare que el vínculo laboral que tenía con la demandada se terminó en forma unilateral, sin justa causa y sin haber agotado el procedimiento legal y reglamentario, en consecuencia, se condene a la indemnización por despido, la indexación, y las costas procesales.

Como sustento fáctico de las pretensiones indicó que prestó sus servicios a favor de la demandada desde el 3 de enero de 2019 a través de un contrato a término indefinido, desempeñándose como conductor integral, con una asignación básica al momento de finalizar el contrato de \$1.494.720; que el contrato finalizó el 31 de julio de 2020, aduciendo justa causa producto de una sanción disciplinaria; que el proceso disciplinario comenzó con carta enviada al actor en la que le pide informe sobre hechos ocurridos el 1 de julio de 2020; que fue citado a descargos para el 30 de julio de 2020, fecha en la cual asistió y dio las explicaciones sobre los hechos de la cual era cuestionado; que el 31 de julio de 2020 se le informa sobre la decisión unilateral del despido; que el proceso disciplinario no respetó el debido proceso que establece el Reglamento Interno de Trabajo; que el artículo 66 del Reglamento Interno de Trabajo dispone que la terminación del contrato de trabajo con justa causa como una sanción disciplinaria; que el Reglamento Interno de Trabajo no dispone que sea el trabajador quien deba asegurar la presencia de los representantes sindicales a la diligencia de descargos; que no existió justa causa de despido; que el despido no cumple con el requisito de tempestividad o inmediatez; que para el momento del despido se encontraba afiliado al Sindicato Nacional de Trabajadores de Brinks de Colombia S.A.- SINTRABRINKS, así como también era beneficiario de la convención colectiva existente

en la demandada; que para la fecha del despido estaba vigente un conflicto colectivo entre SINTRABRINKS y BRINKS DE COLOMBIA S.A.; que la demandada se ha visto inmersa en situaciones de vulneración del derecho de asociación sindical por incitar a los trabajadores a desvincularse del sindicato y persecución sindical, entre otras conductas; que la demandada ha implementado un plan sistemático de despidos en todos el país; que la Corte Constitucional en sentencia T -340 de 2012 ha llamado la atención a la demandada para que se abstenga de incurrir en conductas que obstaculicen o hagan nugatorio el ejercicio del derecho de asociación sindical; que la condición de afiliado a SINTRABRINKS tuvo incidencia en la decisión del despido del demandante; que durante la vigencia de la relación laboral nunca tuvo una queja o llamado de atención. (Fols. 2 a 14 archivo No 04)

2. Contestación BRINKS DE COLOMBIA S.A.: En lo que interesa a la causa, se opuso a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que el demandante incurrió en un incumplimiento gravísimo de las funciones propias del cargo para la cual había sido contratado y capacitado, ya que incumplió con los protocolos de seguridad internos de la entidad, pues el 01 de julio de 2020 cuando estaba prestando sus servicios como conductor integral, de manera autónoma manipula sin ninguna autorización una de las cámaras de video ubicadas al interior del camión blindado CB 291, hecho que está catalogado como una operación inusual, razón por la cual, después de adelantar el debido proceso se determinó que constituye justa causa para proceder a terminar el contrato de trabajo; que el conflicto colectivo entre la organización sindical y la entidad demandada no tiene relación alguna con el gravísimo incumplimiento del demandante al incumplir sus funciones propias del cargo; que el hecho de que se encuentre a la espera de una decisión arbitral no es óbice para que los trabajadores convenionados aprovechen tal circunstancia para cometer actos de indisciplina como el realizado por el actor. Como excepción de mérito rotuló el gravísimo incumplimiento del demandante de sus obligaciones, de las funciones propias del cargo de conductor de camión blindado, la confesión del gravísimo incumplimiento del demandante, la terminación del vínculo laboral como consecuencia del incumplimiento, del proceso disciplinario, el debido proceso, posibilidad de terminar con justa causa el vínculo laboral en el conflicto colectivo, del acompañamiento sindical, inexistencia de persecución sindical, de la culpa exclusiva del demandante, del actuar temerario y desleal de la organización sindical SINTRABRINKS, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, temeridad y mala fe, y la genérica. (Fol. 1 a 35 archivo No 07).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de abril del 2022, en la que el fallador declaró que entre el señor YONY ALEXANDER VARGAS CAJAMARCA y BRINKS DE COLOMBIA S.A., existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 03 de enero de 2019, el cual terminó de manera unilateral y sin justa causa por la demandada; declaró que la terminación de la relación laboral se produjo durante el acaecimiento de un conflicto colectivo de trabajo; declaró que la terminación del contrato no produce efecto alguno; ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando para el 31 de julio de 2020 o a un cargo de igual o superior jerarquía con el consecuencial pago de los salarios, prestaciones sociales legales, extralegales y aportes a seguridad social compatible con el mismos desde el 01 de agosto de 2020 hasta el momento de su efectividad, sin solución de continuidad y de manera indexada, y gravó en costas a la demandada.

Para arribar a tal decisiva, y en lo que interesa para los fines del recurso de apelación, empezó por señalar que no era objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo y sus extremos, siendo objeto de discusión la terminación del contrato de

trabajo, esto es, sí se presentó con justa causa al mover la cámara de video en la ruta 714, cambiando drásticamente el enfoque de la misma, sin autorización de la empresa.

Manifestó que de conformidad con la sentencia SL3760-2019, comprende dos hipótesis para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, la primera, cualquier violación grave de las obligaciones y la segunda, cualquier falta grave calificada en los estatutos, convención o reglamento interno, siendo que en la primera la califica el juez y en la segunda debe estar calificada previamente por acuerdo entre las partes.

Que al revisar la documental, del contrato de trabajo se desprende las obligaciones y prohibiciones, así mismo, se establecen las causales de justeza para terminar contrato, pero de allí no se llega a la conclusión de que la condición de omitir o mover la cámara estuviera catalogada como falta grave; que en el reglamento interno de trabajo, artículo 70 se enlista las faltas gravísimas, sin que se observe la falta del actor como calificada como tal.

Que el documento CRS relativo al manual de regulaciones de seguridad, se aportó fuera de la audiencia y luego de cerrado el debate probatorio, y por ello, al no haberse incorporado en la oportunidad que legalmente correspondía, no es posible tenerlo en consideración. En consecuencia, concluyó que al analizar las pruebas no se estipuló como falta gravísima la concerniente a manipulación de cámaras.

Ahora, al no estar calificada como grave la falta endilgada al actor, le corresponde a la juzgadora verificar la gravedad de la conducta, aduciendo que obra en el expediente archivos de asistencia a capacitaciones, sin que se desprenda lo relacionado al manejo de seguridad, así como tampoco se aportó documento de los temas básicos de cada capacitación, ni se le informó o capacitó de manera sumaria el procedimiento que debía seguir frente a su actuación en relación con las cámaras; que algunas capacitaciones no se encuentran suscritas; que no existe capacitación frente al tema o el procedimiento a que hizo referencia el representante legal y los testigos, es decir, de que existe una instrucción clara y precisa de que no debía mover las cámaras de seguridad.

Que el señor Juan Pablo Rojas, testigo de la parte demandada y quien es director de seguridad, dijo que los vehículos tenían cámara domo y se podía mover por movimientos bruscos, o paso de huecos, que era posible que el demandante pueda a simple vista percibir que se encontraba movida, además que su dicho desvirtúa lo manifestado por los demás testigos, quienes asentaron que la cámara era fija.

Concluyó que si bien fue una imprudencia mover la cámara, no podría endilgarle un actuar doloso, ya que es evidente que no pretendía desviar la cámara del sitio de trabajo sino que la enfocó para que se viera él directamente, máxime que no se encuentra demostrado que el demandante hubiese conocido la prohibición expresamente; que no es posible exigir que cumpla unos reglamentos o directrices cuando no se han dado a conocer al trabajador; que si bien acepta el demandante que no estaba dentro de sus funciones el mover las cámaras, tampoco se tiene prueba que supiera que la empresa le hubiera colocado en conocimiento tal prohibición.

Bajo el anterior parámetro, al constatar que la terminación del contrato no fue justa, se adentró en el análisis del fuero circunstancial, aludiendo que se aportó comunicación del 27 de febrero de 2020 dirigida a BRINKS donde se comunica la afiliación del demandante a la organización sindical, pero no tiene constancia de haberse recibido por la sociedad demanda; sin embargo, ello no obsta para tener por acreditado que el

demandante se encontraba afiliado a Sintrabrinks ya que así se acepta en el hecho 19 de la demanda; que el 12 de julio de 2018, se presentó denuncia de la convención, reiterada en correo electrónico del 17 de julio de 2018; que mediante resolución No 4373 del 22 de octubre de 2019 se ordena la convocatoria de un tribunal de arbitramento, y con posterioridad, el 21 de febrero de 2020 se emite laudo arbitral, mismo que el 16 de marzo de 2020 contiene solicitud de aclaración, y finalmente, que mediante auto del 23 julio de 2020 se dispuso admitir los recursos de anulación, el cual está en trámite ante la Corte Suprema de Justicia.

Que al haberse procedido a convocar tribunal de arbitramento, la protección foral mantenía su vigencia hasta la terminación de dicha etapa, que no es otra que la ejecutoria del laudo arbitral, y como quiera que el conflicto colectivo se encuentra en la Corte Suprema de Justicia, pendiente de resolver, es dable concluir que para la fecha de terminación del contrato se encontraba vigente el conflicto, por lo que no queda otro camino que acceder al reintegro solicitado por la parte actora al cargo que venía desempeñando u otro de mayor categoría, junto con los salarios y acreencias laborales dejadas de percibir, junto con la indexación. (Audiencia virtual, archivos 15, 23 y 24)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte **demandada** formuló recurso de alzada alegando que la decisión no se ajusta a derecho, ya que dentro de los poderes que tiene la juez, al recibir el manual de seguridad CRS, bien pudo ponerla en conocimiento de la parte demandante para que ejerciera su pronunciamiento; que en el manual CRS en el numeral 16.2, y 1.89.17 se establece que todas las cámaras deben tener un punto de referencia, y que cualquier cambio debe ser informado y por ello la actuación del actor sí constituye una falta grave, máxime cuando es de conocimiento pleno de los trabajadores, y en el caso del actor, este ya venía desarrollando el proceso desde hace más de un año, por lo que tenía conocimiento y ejercía las funciones propias de su cargo, no siendo acertado manifestar su desconocimiento; que no puede pretender que de manera taxativa el incumplimiento de mover las cámaras esté en el contrato de trabajo o Reglamento Interno de Trabajo, ya que sería un sinfín de páginas con todos los incumplimientos que pudieren presentarse; que esta obligación y prohibición se enmarca en el manual CRS y se indica en la capacitación conforme lo dijeron los testigos; que la obligación del demandante es cumplir con los estándares de seguridad de la empresa; que el demandante estaba dotado de un equipo de comunicación, el cual podía hacer uso con el área de monitoreo para informar sobre el desenfoque de la cámara; que pretender la capacitación contenga todo lo dicho es pretender un formalismo excesivo de la totalidad de lo capacitado; que los procedimientos son amplios y por ello resulta completamente imprevisible establecer punto a punto los parámetros de la capacitación; que se presentó confesión de la conducta por parte del demandante, y además se aportó la capacitación que recibió por parte de la compañía, lo que da lugar a que conocía sus funciones y estaba capacitado, además conocía los procedimientos; que llevaba más de un año realizando las labores de su cargo y por ello conocía a plenitud los procedimientos que debía realizar como conductor; que según el RIT tenía la obligación de seguir y obedecer las reglas, procedimientos e instrucciones de seguridad de la empresa, máxime que ese es el objeto principal de la entidad; que los testimonios debieron entenderse en el contexto correcto; que pudo haber llamado a un supervisor e informar la situación, pero no lo hizo, sino que decidió mover la cámara sin autorización; que como se evidencia en el video, el movimiento de la cámara no permitió visualizar el punto del cuarto puesto en la cabina y se generó una violación y descuido de los parámetros de seguridad, más cuando en el lugar de vigilancia, debe estar vigilante de los tripulantes que se encuentran abajo, pero en lugar de estar prestando la vigilancia, estaba manipulando la cámara de seguridad sin la autorización

correspondiente; que respecto al fuero circunstancial, el solo hecho de la existencia del conflicto no limita el dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa; que no puede pretender el incumplimiento de sus errores alegando la vulneración del fuero circunstancial; que dado su actuar deliberado se ha perdido la confianza por parte del empleador.

5. Alegatos. En la oportunidad procesal, Brinks de Colombia S.A. presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado, y en su lugar se absuelva a la demandada, ya que en efecto el actor cometió una falta grave que amerita la terminación del contrato de trabajo con justa causa; que el fuero circunstancial no protege ni da estabilidad en el empleo a quienes se despida con justa causa.

6. CONSIDERACIONES

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar los **siguientes problemas jurídicos:**

i) ¿El despido por parte de la demandada atendió a una justa causa o, por el contrario, lo fue sin que mediara justa causa? De presentarse esto último, **ii)** ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba o no de fuero circunstancial, en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro?

Relación laboral

No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A. desde el 03 de enero de 2019 hasta el 31 de julio de 2020, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 1 a 4 archivo No 04, Fol. 31 a 43 archivo No 01, y 25 a 26 archivo No 01), contentiva del contrato de trabajo, carta de terminación del contrato, y liquidación final de prestaciones, en ese orden, la discusión radica en sí la terminación del contrato lo fue con o sin justa causa, y de presentarse este último evento, sí el actor estaba amparado o no por el fuero circunstancial.

(i) Terminación del contrato de Trabajo

Proceso disciplinario para terminación de contrato de trabajo por justa causa

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

Para desatar la controversia, amerita traer a colación lo predicado de vieja data en sentencia del 21 de julio de 1991, radicado No 4392, en la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, asienta que: *"la existencia de un trámite o procedimiento para despedir, convencional o reglamentario, de obligatorio*

*cumplimiento para el patrono es un hecho que, como tal, deberá acreditarse con los medios idóneos dentro del proceso. La carga de la prueba de ese hecho incumbirá, naturalmente, a la parte que lo afirme con el propósito de obtener su efecto jurídico (art.177 del C. de P.C). Establecido ese trámite o procedimiento, el empleador obligado por él deberá acreditar su observancia so pena que el despido sea calificado como ilegal. (...) de este modo, **si el trabajador** pretende que su despido, además de injusto fue ilegal, **tendrá que indicarlo así en su demanda, y si esa ilegalidad se fundamenta en el incumplimiento de un trámite convencional o reglamentario será suya la carga de la prueba de la existencia de dicho trámite**. Solo entonces el patrono deberá, si pretende quedar liberado de las indemnizaciones correspondientes demostrar que también cumplió a cabalidad dicho procedimiento o trámite”.*

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

Sobre este aspecto, en el sub lite, se constata que en el reglamento interno de trabajo de la sociedad demandante (Fols. 15 a 71 archivo No 04) existe un *“procedimiento para comprobación de faltas y aplicación de las sanciones disciplinarias”*, que va del artículo 74 hasta el 76, procedimiento que fue el aplicado por la empresa al trabajador demandado; sin embargo, en lo que refiere a la clase de sanciones, el artículo 69 del RIT, estipula la suspensión del contrato de trabajo, multa y amonestación escrita, sin que se incluya la terminación del contrato de trabajo, pues esta última facultad está establecida en el artículo 71 ejusdem, en los siguientes términos: *“la terminación unilateral el contrato de trabajo por parte de la Empresa no se considera como una sanción disciplinaria sino como un medio jurídico para extinguir aquel”*, y por ende, lo primero que viene a propósito colegir es que no es cierta la afirmación realizada en el libelo genitor por la parte actora, respecto a que la terminación del contrato de trabajo es una sanción disciplinaria, pues si bien la entidad hace uso del procedimiento disciplinario (informe, descargos y acompañamiento de dos representantes de la organización sindical), lo hace en función a que la conducta puede dar lugar a la aplicación de una sanción contemplada en el artículo 69, pero en el evento de encontrar que la misma da lugar a finiquitar el contrato de trabajo, utiliza la facultad unilateral, sin que tal decisión tenga los mismos efectos de una sanción disciplinaria, esto es, que pueda interponerse el recurso de reposición o apelación de que trata el numeral 6 del artículo 75 del RIT, y en esa medida, tampoco le asiste razón a la activa en manifestar que no se le dio la oportunidad de interponer “los recursos procedentes”.

Bajo ese panorama, en el entendido que la terminación del contrato de trabajo no constituye una sanción disciplinaria, procede la Sala a verificar si la conducta endilgada al actor constituye una justa causa.

Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo

El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual

prevé dos obligaciones para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por el despido y los fundamentos fácticos que sustentan esa determinación, tal y como lo ilustra la Corte Constitucional en la sentencia C-299 de 1998.

Sobre este tópico, la Sala ha señalado en diversas ocasiones que le corresponde al trabajador que afirma que el fenecimiento de su vinculación obedeció a un despido, demostrar su ocurrencia, en tanto que al empleador, le atañe la justificación del mismo, pues para que el despido sea justo se lo debe motivar en causal reconocida por la ley o calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos internos de trabajo, probando en el proceso su existencia u ocurrencia y el cumplimiento de las formalidades pre-establecidas, según lo estipulado en el parágrafo del artículo 62 del C. S. del T.

Así las cosas, conforme lo anterior y tras la lente del principio de la carga de la prueba contenido en el artículo 177 del C de P.C, hoy 167 del C.G.P, procederá la Sala a estudiar el caso en concreto.

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 31 de julio de 2020 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 37 a 43 archivo No 01).

En aquella comunicación se le hizo saber del despido al demandado en los siguientes términos:

"se presentó de su parte una gravísima falta al haber incumplido con sus obligaciones contractuales y reglamentarias desplegadas y acaecidas con su actuar reprochable y desmedido del día 01 de julio de 2020. Por cuanto viola las disposiciones y protocolos internos al realizar sin autorización movimiento del Angulo de la cámara de seguridad ubicada al interior del CD291 durante la realización de la ruta 714, hecho que para la compañía y de acuerdo a procedimientos internos, es catalogado como una operación inusual, por cuanto ningún miembro de la tripulación está autorizado para manipular los sistemas de video vigilancia con los cuales se busca realizar seguimiento y control a los valores que transportan dicho vehículos blindados, así como también prestar la seguridad a la tripulación que opera el CB.

(...)

Finalizado el debate probatorio, la empresa, luego de la investigación administrativa efectuada, y una vez revisadas y valoradas las pruebas, los informes, y garantizando el derecho de defensa y contradicción, por consiguiente, preservando en todo caso el debido proceso, determinó sin sombra de duda en el tiempo, modo y lugar de los hechos que usted incumplió tajante y conscientemente los siguientes preceptos que están presente dentro de la relación laboral con Brinks de Colombia:

Reglamento Interno de Trabajo: Artículo 59 numerales 7-8-10-12-15-17-20-24-31-38-41-44 y 45. El artículo 62 de las obligaciones especiales en sus numerales 1-2-8-17-19-31 y 33; el artículo 72 de las faltas graves en sus numerales 15 y

16 y finalmente, incumplió el artículo 73 que da lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa en sus numerales 5-12 y 26.

Contrato de Trabajo: Clausula Tercera numerales 4-5-9-12-18-19 y 21, Clausula Quinta numerales 9 y 10; Clausula Novena que establecen las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo; 2. La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de las prohibiciones que emanan de éste contrato. 11. Cualquier violación de los reglamentos citados en el numeral cinco (5) de la cláusula tercera de este contrato. 14. La violación, omisión o cualquiera de las obligaciones y prohibiciones citadas en las clausulas tercera, cuarta y quinta que son consideradas como procesos esenciales de seguridad. 18. Cualquier falta u omisión, respecto de las obligaciones y prohibiciones establecidas en las cláusulas tercera, cuarta y quinta del presente contrato. 34. Transgredir las normas establecidas en los manuales de procedimientos u operaciones establecidos por la EMPRESA. Tales normas deben ser consultadas por el TRABAJADOR y mantenerse actualizado sobre las mismas.

Código Sustantivo del Trabajo: Artículo 56, artículo 58 numerales 1 a 5, artículo 62 literal A, numeral 6".

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora BRINKS DE COLOMBIA S.A. sí previno o apercibió al actor no solo de las disposiciones legales trasgredidas, sino también de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en manipular sin autorización la posición de la cámara de seguridad ubicada en la cabina del conductor del CB291, el 01 de julio de 2020.

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al reglamento interno de trabajo y al clausulado del contrato de trabajo para catalogar la falta cometida por el actor como grave, lo que conduce a la Sala a estudiar si la conducta reprochada al actor se encuentra calificada como grave en el contrato de trabajo o reglamento interno, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar si la misma es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa.

Sobre el tema, ha establecido la jurisprudencia que: *"en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T."* (SL1077 de 2018).

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo*

contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva”

Así las cosas, en el sub lite, en efecto la entidad empleadora constituyó un catálogo de faltas graves que dan lugar a terminar el contrato de trabajo con justa causa, tanto en el contrato de trabajo (Clausula novena, numerales 1 a 38- Fol. 1 a 4 archivo 17), como en el Reglamento Interno de Trabajo (Artículo 73, numerales 1 a 26- Fols. 51 a 53 archivo No 04), los que adecuó a la conducta que se le endilga al actor en los siguientes numerales:

Reglamento Interno de Trabajo: Artículo 73, numerales 5) Disponer de elementos de trabajo, dinero, artículos o productos de la Empresa sin autorización de ésta -12) Cualquier acto grave de negligencia y/o dolo, en la omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como dejar abierta la bóveda de valores; dejar conocer las claves puestas bajo su responsabilidad, extraviar las llaves, entregar claves a terceros no autorizados, romper las bolsas de los clientes que posean valores, apartarse de las operaciones sin los códigos correspondientes autorizados y no cumplir con las regulaciones de seguridad para cada proceso operativo etc. - y 26) Incumplir con cualquier otra obligación o prohibición consagrada en la ley o en el contrato de trabajo y que se encuentre dispuesta como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

Contrato de Trabajo: Clausula Novena que establecen las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo; 2. La violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de sus obligaciones atrás establecidas, o de cualquiera de las prohibiciones que emanan de éste contrato. 11. Cualquier violación de los reglamentos citados en el numeral cinco (5) de la cláusula tercera de este contrato. 14. La violación, omisión o cualquiera de las obligaciones y prohibiciones citadas en las cláusulas tercera, cuarta y quinta que son consideradas como procesos esenciales de seguridad. 18. Cualquier falta u omisión, respecto de las obligaciones y prohibiciones establecidas en las cláusulas tercera, cuarta y quinta del presente contrato. 34. Transgredir las normas establecidas en los manuales de procedimientos u operaciones establecidos por la EMPRESA. Tales normas deben ser consultadas por el TRABAJADOR y mantenerse actualizado sobre las mismas.

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que es parcialmente equívoca la postura de la a quo en lo referido a que la falta grave debía estar catalogada como tal en el reglamento interno de trabajo o en el contrato de trabajo, pues a juicio de la Sala no solo en aquellos documentos es posible plasmarla, considerar lo contrario sería tanto como exigir que se incluyan en los mismos un elenco de eventuales conductas o hechos que pueden presentarse en el ejercicio de cada cargo, cuando ello también es posible mediante la remisión a otros legajos tales como manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicación y de vigilancia, entre muchos, completándose así la proposición jurídica.

En ese contexto, pudiera concluirse en línea de principio que la prohibición de mover la cámara del vehículo sin autorización, se subsume en el numeral 12 del reglamento

interno de trabajo, que señala *"Cualquier acto grave de negligencia y/o dolo, en la omisión en que incurra el empleado en el ejercicio de las funciones propias de su cargo, tal como (...) no cumplir con las regulaciones de seguridad para cada proceso operativo"* y las establecidas en la cláusula novena del contrato de trabajo (2,11,14,18, y 34) que hace alusión a las prohibiciones y en especial, la del numeral 11 que remite a la cláusula tercera, numeral quinto, que establece la obligación de *"ceñirse estrictamente a los manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicación, de vigilancia, de salud ocupacional y de trabajo establecidos por la empresa"*, sin embargo, no puede pasarse por alto que la pasiva no allegó al cartulario ninguno de los citados documentos a que remite el contrato de trabajo, con los cuales se pueda comprobar la existencia de la citada prohibición junto con la evidencia de su comunicación o notificación al trabajador de manera previa a su comisión, por lo que en este específico evento, el hecho imputado al actor no se subsume en las faltas graves convenidas por las partes, ni vulnera las regulaciones de seguridad en el proceso operativo como conductor integral del vehículo, como se aduce en la alzada, máxime cuando el manual CRS del cual se pretende derivar la falta no hace parte del acervo probatorio, por haberse allegado de manera extemporánea, como más adelante se detallará.

Ahora, aun prescindiendo de lo anterior, sí se determinara que la prohibición está en los manuales operativos, de procedimientos, de seguridad, de comunicación y/o de vigilancia, no quiere ello decir que la función del juzgador se delimite solo a constatar la acción realizada por el trabajador, sino que debe verificar si este *"incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"* (Radicado No 35998 del 25 de junio de 2009), acción que fue realizada por la a quo, pese a que determinara que la "prohibición de manipular las cámaras" no estaba catalogada como grave en el reglamento interno y el contrato de trabajo, y cuyo análisis conllevó a la absolución del demandante.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL785-2022, en un caso de similares contornos, en el cual se le endilgaba al trabajador (mandar a instalar una cámara de video en el segundo compartimiento de la unidad blindada), se pueden extraer los siguientes apartes que resultan relevantes para definir la controversia aquí planteada, a saber:

"El concerniente al seguimiento de protocolos y control de los vehículos de transporte de valores, fue precisamente echado de menos por el sentenciador de segundo grado, pues no se probó dentro del proceso, cuál era el que debía seguirse para la instalación de la referida cámara, y si ello era potestativo del trabajador, o este debía contar con autorización al respecto, máxime que lo que quedó probado, es que la persona que instaló la cámara en el compartimiento del vehículo fue el técnico de mantenimiento, quien era el encargado de realizar dicha función.

La acreditación de la política y protocolo de la compañía en torno a ese asunto, era un aspecto que debió acreditarse en forma indefectible por la empleadora, dado que, la comunicación de despido, le endilgó al respecto, violar el reglamento interno de trabajo, entre otras normas (...)

Tampoco se probó nada en cuanto a que las modificaciones de las cámaras instaladas en los vehículos, debían estar precedidas de un estudio técnico y contar con la autorización de las directivas de la empresa, pues conforme se dijo con antelación, no se demostró que el trabajador debiera contar con autorización

para ello, por lo que mucho menos, puede hablarse de un proceder abusivo de su parte.

La Sala no desconoce que, atendiendo al objeto social de la compañía demandada, (...), las actividades que desarrolla dentro del mismo, entrañan un alto riesgo, empero, con mayor razón, se le exige que debe tener claramente definidas las competencias de los trabajadores, pues la labor misma no puede dar lugar a la improvisación, aunado a que así lo impone la relación de desigualdad económica subyacente en el contrato de trabajo”.

Descendiendo al sub examine, de entrada la Sala considera que no se acredita que el actor haya incurrido en la prohibición legal alegada, pues como se dijo precedentemente, no se acredita en el diligenciamiento que el trabajador tuviera prohibido mover la cámara del vehículo sin previa autorización, y si bien, la postura de la parte pasiva es que el demandante llevaba más de un año ejerciendo la misma función y era conocedor de que tal conducta no la podía realizar, lo cierto es que, la empresa no demostró que en las capacitaciones se le hubiere advertido o prevenido que no podía realizar tal conducta, pues la documental que milita a folios 1 a 16 del archivo No 18 y archivo No 19,20 y 21, solo da cuenta de unas planillas de asistencia a algunas capacitaciones, en las que incluso no se avizora firma del actor en algunas casillas de registro de asistencia, en todo caso, de dicho material probatorio no puede la Sala llegar al pleno convencimiento de que el trabajador era conocedor de la prohibición de mover la cámara del vehículo que tenía asignado como conductor integral, máxime cuando el testigo Juan Pablo Rojas, quien ejerció como jefe de mantenimiento de la demandada, manifestó que la cámara de los vehículos es tipo DOMO y es fácil observar que se haya cambiado de ángulo, al igual que también es fácil corregirlo, haciendo demostración con la cámara de su computador al momento de rendir su versión, tesis que le restan credibilidad al dicho de la testigo Andrea del Pilar Azuero, quien manifestó que la cámara era fija.

Igualmente, debe decirse que los testigos Juan Pablo Rojas, Andrea del Pilar Azuero y Julián Rodrigo Millán, trabajadores de la encartada, al unísono hicieron referencia a que la prohibición de mover las cámaras era un tema de capacitación, por lo que el demandante tenía conocimiento de que no podía manipular la cámara, o que si encontraba alguna irregularidad debía comunicarse con el área correspondiente; sin embargo, tales manifestaciones no son suficientes para deducir que el actor tenía conocimiento de que su conducta estaba prohibida, más aun, cuando no se logra demostrar por la pasiva que le hayan entregado al actor en las capacitaciones los reglamentos, protocolos o manuales operativos donde se especifique que le estaba prohibido manipular las cámaras o que tal función no se encuentra dentro de sus funciones.

Debe decirse, que obra un video en el que se observa el actuar del demandante moviendo la cámara al interior del vehículo en un lapso de 30 segundos, hecho que fue aceptado por la activa en el interrogatorio de parte, pero ello por sí solo no conlleva a configurar la justa causa y mucho menos dar por sentada la vulneración de los reglamentos, protocolos o manuales operativos de seguridad, ya que ni siquiera se documentó por el empleador que el actor haya tenido conocimiento pleno de que su actuar se encontraba prohibido expresamente, sin que pueda deducirse que le estaba prohibido manipular la cámara por el simple hecho de llevar más de un año ejerciendo la misma labor, dado que puede haber acontecido lo que manifestó el testigo Juan Pablo Rojas, que en un movimiento brusco o hueco se haya movido y por ello, al evidenciar el actor que no se encontraba en la posición donde siempre la veía decidió

moverla tratando de corregir el ángulo de la cámara, ya que de lo observado en el video no se deduce un actuar abusivo o doloso, cuya finalidad haya sido tapar por completo la visibilidad de la cámara, ya que de todas maneras seguía observándose el interior del vehículo, incluido el puesto del conductor que era el ejercido por el demandante; además el movimiento de la cámara no se concatena con ninguna actuación irregular que haya acontecido en la ruta de ese día como para deducir que su actuar fue premeditado con un fin reprochable desde el punto de vista laboral.

Asimismo, considera la Sala que la entidad debía desde el ingreso del demandante a la institución documentar y hacer entrega de manera detallada de los manuales, protocolos o reglamentos de seguridad en los que se definan las prohibiciones del trabajador en el ejercicio de sus funciones, ya que no puede sostenerse que el trabajador debía informar la novedad presentada al área encargada o que le estaba prohibido mover la cámara, sin ni siquiera haberle puesto en conocimiento tal situación en las capacitaciones o al ingreso a la entidad.

Igualmente, los testigos de la parte demandada y el representante legal de la misma, al rendir su declaración hicieron referencia al manual de seguridad CRS, en el que soportan su defensa, aduciendo que de su contenido se extrae la prohibición al conductor de manipular las cámaras del vehículo; no obstante, tal documento se arrimó al proceso luego de haberse agotado la etapa de prácticas de pruebas, incluso después de recibir los alegatos de conclusión, situación que imposibilita desde cualquier punto de vista incorporarlo al proceso como acervo probatorio, tal como lo concluyó la a quo y lo avala esta Judicatura, pues debe decirse que el artículo 60 del CPT y SS, señala que *"El Juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas **allegadas en tiempo**",* frente a lo cual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL13682-2016, ha entendido que *"allegar a tiempo las probanzas, implica que las partes las aporten dentro de las oportunidades legales o etapas procesales correspondientes, esto es, con la demanda inicial, su respuesta, la reforma a la demanda y su contestación, o en el transcurso del proceso cuando no se tengan en su poder, antes de que se profiera la decisión que ponga fin a la instancia, siempre y cuando hubieran sido solicitadas como prueba y decretadas como tal. Por consiguiente, los documentos que no son incorporados debidamente resultan inoponibles, no siendo viable que de manera desprevenida los litigantes aporten cualquier prueba en estas condiciones, para que se les imparta valor probatorio y se tengan en cuenta en la decisión de fondo"*

En el sub examine, la parte pasiva pretende incorporar el manual CRS después de recibido los alegatos de conclusión y ante la manifestación que los testigos hacen al respecto, pero olvida que tuvo la oportunidad de allegarlo con la contestación o cuando se recibió la versión de los deponentes, pero no sorprender a la contraparte después de agotadas todas las etapas y estando pendiente solo el proferimiento del fallo, máxime cuando no se hace alusión alguna a que tal probanza le era imposible de aportarla con la contestación, y por ello, tal documento no puede ser valorado, como acertadamente lo infirió la a quo.

Ahora, en gracia de discusión tampoco es posible tenerla en cuenta, pues si bien el artículo 83 del CPT y SS, establece los casos en que se puede ordenar y practicar pruebas en segunda instancia, lo cierto es que, respecto al primer evento, que es a petición de parte, solo es posible cuando *"en la primera instancia y sin culpa de la parte interesada se hubieren dejado de practicar pruebas que fueron decretadas"*, situación que no es la del sub judice, pues la documental se allegó sorpresivamente con posterioridad a los alegatos de conclusión; y frente al segundo evento, que se trata de

las facultades oficiosas del Tribunal, cuando "*considere necesario para resolver la apelación o consulta*", debe decirse que es una potestad del Juez Colegiado y no una imperativa obligación, situación que permite considerar en el caso concreto, que no puede servir para avalar el desdén o dejadez del apoderado de la parte pasiva de la Litis, pues la carga probatoria estaba de su lado, y por tanto, no solo debía aportar las pruebas documentales en el momento procesal oportuno, sino también debía ejercer los recurso que establece el código instrumental laboral para hacer efectivo su derecho, es decir, haber solicitado en el decreto y practica de pruebas su incorporación y no intentar a través de la apelación reabrir el debate probatorio.

Así las cosas, al igual como lo consideró la juez de primer grado en este aspecto, no obra prueba que permita inferir que el trabajador haya incurrido en la prohibición legal endilgada y, por lo tanto, la terminación del contrato de trabajo se torna en injusta, debiéndose estudiar la incidencia de la terminación con el fuero circunstancial pretendido.

(ii) Fuero circunstancial

El fuero circunstancial es uno de los mecanismos de protección reconocidos por el legislador para hacer efectivo el libre ejercicio del derecho constitucional a la negociación colectiva -artículo 55¹ superior-, en tanto impide al empleador despedir al trabajador aforado sin justa causa calificada por el juez del trabajo desde el mismo momento en que se presenta el pliego de peticiones.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adocinado que el fuero circunstancial impide que el empleador utilice el despido para socavar la capacidad de negociación de los trabajadores interesados en proponer y negociar sus reivindicaciones económicas dentro del escenario de un conflicto colectivo, independientemente de su vinculación o no a una organización sindical, de manera que se mantenga el equilibrio de fuerzas entre ambas partes. Sobre el punto viene a propósito memorar el predicamento propalado por el máximo tribunal de esta jurisdicción: "*Y por ello se ha dicho que un despido producido en esas circunstancias resulta inane, lo cual conlleva el restablecimiento del contrato de trabajo. Es decir que se trata de una protección eficaz*" (Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, reiterada en providencia del 30 de septiembre de 2015, rad. 45.016).

Para los efectos del fuero especial reclamado, se reitera que surge el conflicto colectivo desde el momento en que los trabajadores presentan el pliego de peticiones ante el empleador o uno de sus representantes, se extiende durante el proceso de negociación colectiva, con el agotamiento de todas las etapas y dentro de los términos o plazos previstos en la ley, y finaliza con i) la firma de un acuerdo o pacto **colectivo ii) con la ejecutoria de un laudo arbitral**, o iii) con el abandono de la negociación.

Ahora, considerando que el presupuesto basilar para que se configure el fuero circunstancial es que el despido del trabajador ocurra durante el trámite de las etapas del proceso de negociación colectiva, al tenor del artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, en armonía con el inciso 3º. del art. 36 del decreto 1469 de 1978 y de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, en cumplimiento del art. 167 del C.G.P., aplicable

¹ ARTICULO 55. Se garantiza el derecho de negociación colectiva para regular las relaciones laborales, con las excepciones que señale la ley. Es deber del Estado promover la concertación y los demás medios para la solución pacífica de los conflictos colectivos de trabajo.

al proceso laboral por integración normativa que permite el art. 145 del C.P.L. y S.S., le corresponde en este caso al trabajador pretensor probar que para el tiempo en que fue despedido estaba en curso un proceso de negociación de un conflicto colectivo del cual forma parte como negociador o integrante del sindicato, debiendo acreditar los dos extremos del proceso de negociación colectiva, esto es, la fecha de presentación del pliego de peticiones y la de la terminación de dicho proceso. A su turno, le concierne a la parte demandada a la que se le traslada la carga probatoria -la que por esencia es dinámica-, demostrar que tal pliego no tuvo la virtualidad de generar un conflicto colectivo (Sentencia del 23 de mayo de 2005, rad. 25.110).

Hechas las anteriores precisiones, ha de señalarse que del análisis del mérito de convicción de las pruebas recaudadas se educa que el cognoscente de instancia fundó su decisión en que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo (31 de julio de 2020) se encontraba en trámite el conflicto colectivo, ya que se había proferido laudo arbitral y sobre el mismo se encontraba pendiente de resolver en la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral el recurso de anulación (Fols. 1 a 19 archivo No 10); sin que la entidad encartada en el recurso de alzada presente inconformidad al respecto, de hecho, el representante legal manifestó que "está pendiente", es decir, que el conflicto colectivo estaba vigente, encontrándose su recurso de alzada referido a que el actor no podía excusar su falta grave con la protección del fuero circunstancial, tema sobre el que es preciso mencionar, no le asiste razón, ya que como quedo ampliamente decantado, la terminación del contrato de trabajo, independientemente de que exista conflicto colectivo o no, fue injusta o dicho en otras palabras, la entidad demandada no logró demostrar que el actor incurrió en la justa causa endilgada que diera lugar a la terminación del contrato con justa causa, evento en el cual, así esté vigente el conflicto colectivo, era procedente su retiro de la entidad, pero como ello no aconteció, hay lugar a aplicar los efectos propios del despido sin justa causa cuando se encuentra vigente un conflicto colectivo, el cual no es otro que "*el restablecimiento del contrato de trabajo*" (Sentencia del 28 de febrero de 2007, radicado 29.081, reiterada en providencia del 30 de septiembre de 2015, rad. 45.016).

Bajo ese horizonte, sin que haya más por resolver, para la Sala se impone la confirmación de la sentencia de primera instancia que declaró que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, y ordenó el reintegro por estar el actor amparado por fuero circunstancial.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de BRINKS DE COLOMBIA S.A. y a favor del demandante, por haber NO prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de abril del 2022, por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones vertidas en esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a favor del demandante y a cargo de BRINKS DE COLOMBIA S.A.. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado
(Salva voto)

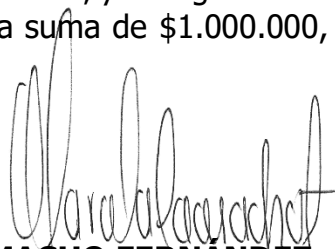


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

*-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-*

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a favor del demandante, y a cargo de BRINKS DE COLOMBIA S.A., fijándose como agencias en derecho la suma de \$1.000.000, correspondiente a UN SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: PEDRO NEL PULIDO SALGUERO
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-020-2019-00772-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

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

SENTENCIA ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. PEDRO NEL PULIDO SALGUERO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado del RPMPD al RAIS; como consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar todos los aportes, junto con los rendimientos a COLPENSIONES, quien debe recibir al actor, junto con los aportes trasladados y activar su afiliación sin solución de continuidad, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliado al ISS desde el 09 de marzo de 1988; que se trasladó a PORVENIR S.A. el 19 de julio de 1994; que el asesor de PORVENIR S.A. le manifestó que en el RAIS obtendría mayores rendimientos y que podía pensionarse en el momento que quisiera; que el 23 de julio de 2019 solicitó ante PORVENIR S.A. la nulidad de la afiliación, pero le fue negada; que el 9 de septiembre elevó solicitud ante COLPENSIONES, pero le fue atendida negativamente a través de respuesta del 11 de septiembre de 2019; que cuenta con un total de 1344 semanas y un capital acumulado de \$308.309.047 (fols. 1 a 15 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 y 2 archivo No 04); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, señalando para tal efecto que no obra prueba alguna de que se hubiese hecho incurrir en error o falta de información, o que se está en presencia de algún vicio en el consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad; que el traslado fue libre y voluntario; que no se cumplen los presupuestos de la sentencia SU062 de 2010, ya que está a menos de 10

años para pensionarse. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica. (Fols. 3 a 45 archivo No 07).

3.2 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó contestación a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que el traslado fue completamente válido, además que el demandante no aporta elementos de prueba que permitan arribar a una conclusión diferente; que en caso de que se acceda a la ineficacia del traslado, la devolución de los rendimientos y demás gastos, dejaría a la demandante en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el régimen de prima media, por lo que se contraviene lo dispuesto en el artículo 897 del Código Civil. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (fols. 101 a 125 archivo No 01).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS por el demandante; declaró como aseguradora del demandante a COLPENSIONES; ordenó a PORVENIR S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes girados a su favor por concepto de cotizaciones, junto con los rendimientos financieros causados y los bonos pensionales si los hubiere a su respectivo emisor, y finalmente condenó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, y finalmente la SL373 de 2021, señalando para tal efecto que le correspondía a la AFP Porvenir brindar la información correspondiente al demandante al momento del traslado; que se le debió informar que dicha decisión podría tener consecuencias graves; que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia; que el formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la carga probatoria debe invertirse a favor de la parte actora; que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, ya que no allegó ningún elemento probatorio que acredite haber cumplido con el deber de información, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, y ordenó a la AFP Porvenir S.A., devolver la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros. Declaró impróspera la excepción de prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado al derecho pensional, y finalmente, impuso costas a las demandadas.

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

5.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la misma, señalando que COLPENSIONES no tenía responsabilidad de tener que haber suministrado información al demandante, no siendo obligación legal y constitucional a su cargo; que el demandante tenía obligaciones legales como consumidor financiero; que para el momento del traslado no era necesario una asesoría extensa, ni tampoco se debía documentar la asesoría; que Colpensiones no puede recibir la carga prestacional, además que se encuentra en la

prohibición legal del traslado; que el traslado genera afectación a la estabilidad financiera, el cual no se tuvo en cuenta; que Colpensiones no tiene como defenderse; que no debería ser condenada en costas, ya que no fue quien generó este tipo de litigios.

5.3 PORVENIR S.A.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó recurso de apelación señalando que no se configura causales suficientes para declarar la ineficacia del traslado; que se debe analizar las particularidades concretas de cada afiliado conforme el criterio de las sentencias de la CSJ; que el demandante contó con asesoría para su traslado, y cumplió con los requisitos formales para el año 1994; que se suscribió formulario de afiliación y el mismo es avalado por la Superintendencia Financiera; que se reúnen los requisitos esenciales para recibir al demandante y no podía la AFP rechazar la afiliación, ni menos tenía la potestad de verle advertido su no traslado; que para esa data no se le puede atribuir cargas no vigentes; que la doble asesoría y buen consejo es un hecho sobrevivientes que se establece con el Decreto 2555 de 2010, Decreto 2071 de 2015 y Ley 1748 de 2015, el cual no se tuvo en cuenta; que se revoque la condena impuesta de devolver rendimientos y gastos de administración, ya que son privativos del RAIS y el demandante se ve beneficiado con recursos que no se generan en el régimen de prima media; que los gastos de administración son sumas que se han descontado por disposición legal de conformidad con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, al igual que los seguros previsionales; que estas sumas se descuentan también en el régimen de prima media con prestación definida, lo cual desborda los efectos de la ineficacia; que no estaría obligada al reintegro de los rendimientos ya que no se generan en el régimen de prima media; que la Superintendencia Financiera se ha pronunciado al respecto, manifestando que los traslados de los aportes deben ser de conformidad con el Decreto 3995 de 2008, artículo 7, en la cual deben tenerse en cuenta las restituciones mutuas.

7. Alegatos de conclusión:

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que el demandante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida; que el traslado no adolece de causal de nulidad; que la carga de la prueba le corresponde al demandante, no siendo suficiente la simple afirmación del demandante; que el traslado de régimen implica la descapitalización del sistema pensional; que debe operar la prescripción y caducidad.

6.5 DEMANDANTE: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de instancia, ya que la AFP del RAIS no cumplió con la carga de la prueba de informar a la demandante al momento del traslado.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento; que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria con la firma del formulario de vinculación; que se realizó una apreciación errónea del deber de información; que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera respecto del traslado de los aportes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra

el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que 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 PEDRO NEL PULIDO SALGUERO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 09 de marzo de 1988, con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 50 archivo No 1); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A para el 19 de julio de 1994 (Fol. 144 archivo No 01), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 20 a 27 archivo No 01).

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal.

Ahora, respecto a que se cumplió con el deber de información según lo dicho por el actor en el interrogatorio, acota la Sala que solo manifestó generalidades, aunado a que, la información resulta ser incompleta ya que ni siquiera dio cuenta el actor de las modalidades de pensión en el RAIS, siendo lo correcto y lo procedente por parte de la AFP haberle suministrado de manera escrita por lo menos el "plan de pensiones" de que trata el artículo 15 del Decreto 656 de 1994, documento que "*deberá ser entregado a cada afiliado a más tardar al momento de su vinculación*", empero, el mismo brilla por su ausencia.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

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

Colofón de lo expuesto, no puede predicarse la convalidación de la falta de información por el hecho de que el afiliado haya guardado silencio durante la vinculación en la AFP, o que haya permanecido un prolongado lapso de tiempo afiliado, pues aquello no puede servir de base para negar la ineficacia del traslado por falta al deber de información, incluso tampoco puede servir de fundamento para negar la ineficacia circunstancias atinentes a demostrar un perjuicio en la mesada pensional, como lo entienden las demandadas en el caso por el que se procede, y así lo tiene decantado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en reciente sentencia SL1055-2022, al expresar que:

"si bien en el presente asunto uno de los argumentos del accionante fue el relativo a demostrar que su pensión en prima media sería más favorable que en el RAIS, esto de ningún modo debe permitir desviar la atención a lo importante, esto es, verificar si al momento del traslado efectivo el afiliado accedió a una información clara y precisa sobre las ventajas, desventajas y riesgos de cada régimen en los términos explicados. Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno".

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 al 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 la 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en la AFP), con destino a COLPENSIONES. En el sub examine, una vez revisada la decisión se deja por fuera de la condena los gastos de administración, descuentos por concepto de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, por lo que se adicionara tales conceptos en la parte resolutive de esta sentencia.

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

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es

aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, pues de conformidad con el artículo 365 del CGP las partes demandadas resultaron vencidas en el presente proceso, además que ejercieron férrea oposición a las pretensiones.

DECISIÓN

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

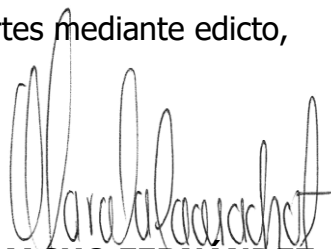
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá el 02 de noviembre del 2021, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A. para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

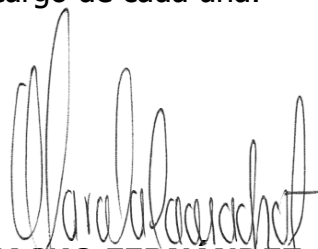


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *MARTHA MARÍA ACOSTA TOBAR y JOSÉ ERNESTO ACOSTA PUENTES*
DEMANDADO: *COLPENSIONES*
RADICACIÓN: *110013105-022-2020-00401-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA*
TEMA: *RELIQUIDACIÓN PENSIONAL*

Bogotá D.C., veintidós (22) de junio del dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora MARTHA MARÍA ACOSTA TOBAR y JOSÉ ERNESTO ACOSTA PUENTES, a través de mandatario judicial instauraron demanda laboral con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de la reliquidación pensional desde el 01 de marzo de 2012, aplicando un porcentaje del 90% al ingreso base de liquidación, de conformidad con lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, el retroactivo, los intereses moratorios, la indexación, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señalaron que la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d) se encontraba afiliada al ISS, desde el 21 de septiembre de 1982, y cotizó un total de 1.393 semanas hasta el 29 de febrero de 2012; que por una errada y engañosa asesoría se trasladó a COLFONDOS S.A.; que mediante fallo de tutela del 21 de julio de 2008, retornó al ISS, hoy Colpensiones; que el 15 de enero de 2012 radicó solicitud pensional ante COLPENSIONES, la cual fue negada a través de Resolución GNR162104 del 30 de junio de 2013, sin tener en cuenta que para esa calenda ya contaba con los requisitos; que después de realizar la corrección de la historia laboral, nuevamente solicitó la pensión de vejez el 18 de abril de 2015, siendo reconocida por COLPENSIONES a través de Resolución GNR390273 del 2 de diciembre de 2015, a partir del 01 de diciembre de 2015 y no desde marzo de 2012, con aplicación del Acuerdo 049 de 1990; que interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 21 de diciembre de 2015, pero le fueron resueltos de manera negativa a través de Resolución GRN30635 del 28 de enero de 2016 y Resolución VPB9254 del 25 de febrero de 2016; que nuevamente el 22 de junio de 2016 solicitó ante Colpensiones la reliquidación y el retroactivo, pero le fue negado a través de Resolución GNR259500 del 31 de agosto de 2016; que hizo tres solicitudes adicionales pidiendo el retroactivo pensional el 24 de marzo de 2017, y el 5 de septiembre de 2017, pero le fue negado a través de Resoluciones SUB218528 del 7

de octubre de 2017, SUB259180 del 16 de noviembre de 2017 y DIR22115 del 4 de diciembre de 2017; que la señora Martha Cecilia Tobar Ordoñez falleció el 16 de diciembre de 2017; que COLPENSIONES a través de Resolución SUB211423 del 8 de agosto de 2018 reconoce la pensión de sobrevivientes a Martha María Acosta Tobar (hija) y José Ernesto Acosta Puentes (cónyuge), junto con un retroactivo de \$334.050.149 por las mesadas de marzo de 2012 a noviembre de 2015, pero no se canceló hasta que lo soliciten por el mecanismo de pago a herederos; que el 12 de diciembre de 2018 solicitaron el pago como herederos, reiterando nuevamente la petición el 10 de mayo de 2019; que mediante resolución DNP 2373 de 2019 se resuelve la solicitud, informando que el pago se llevaría a cabo en la nómina de septiembre de 2019; que para el año 2012 el monto de la pensión de vejez de la señora Martha Cecilia sería de \$9.813.272 conforme lo establece el Acuerdo 049 de 1990; que el 9 de octubre de 2020. (Fols. 3 a 24 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 1 y 2 archivo No 012); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación. COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que el reconocimiento pensional se hizo con base en lo establecido en la Ley 797 de 2003, en atención a que al trasladar de régimen pensional perdió el beneficio del régimen de transición acorde a lo establecido en la sentencia SU 062 de 2010; además que mediante resolución SUB211423 del 8 de agosto de 2018 se reconoció el retroactivo por la suma de \$334.050.139 correspondiente a las mesadas del 01 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2015. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho y la obligación a cargo de COLPENSIONES, cobro de lo no debido, prescripción, 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 indexación o reajuste alguno, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, carencia de causa para demandar, buena fe de Colpensiones, compensación y la innominada o genérica (Fols. 25 a 48 Archivo No 13).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de mayo de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró que la señora Martha Cecilia Tovar Ordóñez (q.e.p.d) fue beneficiaria del régimen de transición dispuesto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; declaró probada la excepción de prescripción respecto de la reliquidación pensional que había sido solicitada por la causante respecto a las mesadas causadas desde el 01 de diciembre de 2015 hasta el 15 de diciembre de 2017; condenó a COLPENSIONES a cancelar la diferencia pensional entre el monto reconocido por la entidad de seguridad social y el determinado por el juzgado, teniendo como mesada pensional para cada anualidad el valor de \$11.533.912 para el año 2017, \$12.005.649 para el año 2018, \$12.387.428 para el año 2019, \$12.858.151 para el año 2020, \$13.065.167 para el año 2021, y \$13.799.429 para el año 2022, en un 50% para cada uno de los beneficiarios, mientras la demandante Martha María Acosta Tobar acredite la calidad de estudiante y no exceda la edad de 25 años, fecha a partir de la cual ésta deje de acreditar uno de los citados requisitos, se le reconocerá la prestación en un 100% a su cónyuge: ordenó la indexación desde la fecha de causación de cada una de las reliquidaciones y hasta la fecha en que se efectuó el pago; autorizó a COLPENSIONES a descontar los aportes al sistema de

seguridad social en salud; absolvió de los intereses moratorios, y gravó en costas a COLPENSIONES (fls. 1 a 3 archivo No 023 y audiencia virtual, archivo No 22).

Indicó que el problema jurídico consiste en determinar si le asiste derecho a la causante a la reliquidación de la pensión conforme el acuerdo 049 de 1990, y en caso positivo, si los beneficiarios de la sustitución pensional tienen derecho a reajustar la mesada pensional que vienen percibiendo.

Manifestó que COLPENSIONES negó la reliquidación pensional por cuanto la actora no tenía 15 años o 750 semanas al 1 de abril de 1994, por lo que no cumplía con lo dispuesto en la sentencia SU062 de 2012; sin embargo, precisó que debe tenerse en cuenta que la actora regresó al régimen de prima media con prestación definida a través de fallo de tutela 21 de julio de 2008, por decisión del Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá, ya que para el 1 de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición, pudiendo trasladarse en cualquier tiempo, por lo que, desde la emisión del citado fallo fue tutela la causante fue considerada como beneficiaria del régimen de transición, decisión que hace tránsito a cosa juzgada y no puede desconocerse, ello con sustento en la sentencia SL1588-2017 y SL2574-2021.

Igualmente, constató que la causante es beneficiaria del régimen de transición, al contar con 37 años de edad al 01 de abril de 1994, y conservó tal beneficio con el advenimiento del Acto Legislativo 01 de 2005, ya que contaba con 1076 semanas, procediendo en ese orden a verificar si cumple con lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, los cuales cumple, dado que arribó a los 55 años el 09 de enero de 2012, y en cuanto a las semanas tenía acreditadas al 29 de febrero de 2012, un total de 1.393, es decir, la causante cumplió los requisitos de la normatividad aplicable.

En cuanto al IBL, indicó que no es objeto de discusión el determinado por la demanda de \$11.350.225, al que debía aplicársele el 90%, arrojando como primera mesada pensional, \$10.215.203.

En lo referente a la excepción de prescripción, adujo que, respecto a la causante, la obligación se hizo exigible cuando se notificó sobre el reconocimiento pensional, esto es, 02 de diciembre de 2015, término que se suspendió hasta que se resolvieron los recursos de la vía gubernativa mediante las resoluciones GNR3635 del 28 de enero de 2016, y VPB9254 del 25 de febrero de 2016, y si bien, se efectuaron requerimientos posteriores, solo es dable tener en cuenta la primera solicitud, y como quiera que la demanda se presentó 09 de octubre de 2020, es decir, sobrepasando el termino trienal, opera el fenómeno de prescripción respecto al retroactivo generado a favor de la causante.

Respecto de los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, la obligación se hizo exigible el 17 de abril de 2018 para el señor José Ernesto Acosta Puentes (cónyuge), y el 22 de mayo de 2018 para Martha María Acosta Tobar (hija), y como no solicitaron la reliquidación, se entenderá que el fenómeno prescriptivo operó con la presentación de la demanda, y por ende, como la causante falleció el 16 de diciembre de 2017, y la demanda se presentó el 09 octubre de 2020, no está afectada por el fenómeno de prescripción.

Manifestó igualmente que la calidad de beneficiarios ya se les fue reconocida por la demandada, siendo procedente reconocer la diferencia entre el valor que viene

reconociendo Colpensiones y el que resultó en la presente decisión, en un 50% a cada uno, mientras la demandante Martha María Acosta Tobar acredite la calidad de estudiante y no exceda la edad de 25 años, fecha a partir de la cual al dejar de acreditar uno de los citados requisitos, se le reconocerá la prestación en un 100% a su cónyuge; autorizó los descuentos al sistema general de seguridad social en salud.

Frente a los intereses moratorios, no accedió, ya que la sustitución pensional se otorgó en tiempo y la reliquidación nace con la decisión en sede de tutela que ordenó el traslado de régimen, siendo procedente la indexación de las diferencias pensionales.

5. Impugnación y límites del ad quem. Presentó apelación ambas partes.

5.1 DEMANDANTE.: Propone apelación insistiendo en la condena por intereses moratorios en la medida en que resulta evidente la conducta omisiva que tuvo Colpensiones, ya que solo vino a pagar el retroactivo en el año 2019, pese a tener prueba de la devolución de saldos de parte de COLFONDOS, además las permanentes solicitudes que hizo la fallecida pretendiendo la aplicación del régimen de transición con el Acuerdo 049 de 1990; aduce que no existe mejor prueba de la conducta omisiva, que Colpensiones reconoció el retroactivo a los beneficiarios mediante resolución DNP2379 de 2019, la cual solo vino a pagar en septiembre de 2019.

5.2 COLPENSIONES.: Solicita que se absuelva a COLPENSIONES de las suplicas de la demanda, ya que la relevancia jurídica de la sentencia SU062 de 2012 debe ser preponderante en este proceso, y si bien el traslado se dio a través de acción de tutela, la causante al trasladarse al RAIS perdió el régimen de transición, ya que se exige los 15 años o más al 01 de abril de 1994, y solo los afiliados con esa característica no perdían el régimen de transición, criterio sentado en sentencia SL029-2018 entre otras; que los afiliados que se trasladaron al RAIS perdían automáticamente el régimen de transición; que no cumplía con los requisitos legales y jurisprudenciales para conservar el régimen de transición; que la argumentación de la tutela para retornar al régimen, no abordó el régimen de transición.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicita que se absuelva a la entidad demandada, ya que no es procedente la conservación del régimen de transición, sin que deba tenerse en cuenta el fallo de tutela del Juzgado Cincuenta y Siete Penal Municipal de Bogotá, en la medida en que tal decisión no se abordó el tema de la conservación del régimen de transición, aunado a que el retroactivo no hace parte de la sustitución pensional.

6.2 Demandante. Manifiesta que está de acuerdo con la orden impartida en primera instancia sobre la reliquidación pensional, pidiendo se proceda a la condena por intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993; que no se le debe aplicar la prescripción ya que se instauró la demanda dentro de los tres años que establece la Ley.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

inconformidad, 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.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Procede la recuperación del régimen de transición y, en este sentido, el reconocimiento de la pensión de vejez en favor de la causante conforme lo dispone el Acuerdo 049 de 1990? (iii) ¿Procede el reconocimiento de los intereses moratorios?

Traslado de régimen pensional

Previo a resolver el objeto de la controversia ha de tenerse en cuenta que la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d), venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida administrado por el otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 21 de septiembre de 1982 hasta el 31 de agosto de 1994 (Fol. 26), trasladándose a COLFONDOS S.A. a partir del 01 de agosto de 1994 (Fol. 63); que regresó al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES el 01 de noviembre de 2011 (Fol. 48), en virtud de una acción de tutela fallada en su favor por el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá el 21 de julio de 2008 (Fol. 37 a 44); que COLPENSIONES a través de Resolución GNR390273 del 02 de diciembre de 2015 reconoció la pensión de vejez a la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d), a partir del 01 de diciembre de 2015 (Fols. 62 a 69), aplicando lo dispuesto en la ley 797 de 2003 y no el régimen de transición como se aduce en el libelo incoatorio; que de la historia laboral (Fol. 26) se constata que al 01 de abril de 1994 contaba con 374.57 semanas.

Ciertamente el criterio de la Corte Constitucional en sentencia SU-062 de 2010, se afina en que algunas personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, en cualquier tiempo, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo con las normas anteriores a la ley 100 de 1993, siempre y cuando al 01 de abril de 1994 tuviera 15 años de servicios cotizados.

En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia con radicado No 41538 del 23 de octubre de 2012, venía sosteniendo respecto a la recuperación del régimen de transición por traslado, que: *"De todo lo dicho, concluye la Sala que una persona que se encuentre en el régimen de ahorro individual con solidaridad, tendrá derecho a que se le apliquen los beneficios de la transición, **sí, y sólo si** cumple con dos condiciones: la primera, que se devuelva al sistema de prima media con prestación definida; y, la segunda, que al haber entrado en vigencia la Ley 100 de 1993, el 1º de abril de 1994, hubiere tenido 15 o más años de servicios cotizados en el régimen de reparto simple al que estaba afiliado, sin consideración a la edad".(subrayado fuera del texto).*

Ahora, en el sub examine se presenta una particularidad respecto a la manera como retornó la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d) al régimen de prima media con prestación definida, pues lo fue bajo una decisión de tutela, la cual llevó a la a quo a considerar que se está frente a una decisión que hace tránsito a cosa juzgada, sin que pueda el operador judicial desconocerla, y para ello trajo como sustento las sentencias SL1588-2017 y SL2574-2021.

En efecto, las anteriores providencias son enfáticas en determinar que: *"La cosa juzgada constitucional, derivada de un fallo de tutela que ampara de manera definitiva los ius fundamentales, se proyecta sobre el proceso ordinario. En efecto, si*

desde el prisma de la Constitución es procedente la tutela de los derechos fundamentales, es equivocado sostener que en el plano legal –que hoy se redimensiona e integra en un plano constitucional- la protección no tiene cabida”; empero, debe tenerse en cuenta que la acción de tutela proferida por el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá el 21 de julio de 2008 (Fol. 37 a 44), tuteló “los derechos invocados” por la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d), ordenando que COLFONDOS S.A. autorice el traslado al ISS, hoy COLPENSIONES, en cuya parte considerativa expresó: *“es cierto que la señora Tobar Ordóñez para abril de 1994, tenía más de 35 años de edad y se encontraba cotizando en pensión , en el régimen de prima media con prestación definida, circunstancia que la colocan como trabajadora con derecho al régimen de transición que refiere el artículo 36 de la ley 100 de 1993, y con ello, con derecho a trasladarse de régimen pensional, en cualquier momento en que lo desea”,* por lo que, la decisión en la acción tutelar ha de tenerse en cuenta con efectos de cosa juzgada frente al traslado de régimen pensional, no frente a la verificación de los requisitos para acceder a la pensión de vejez que aquí se reclama, y si bien, en el mencionado fallo se hace alusión al régimen de transición, ello lo es para efecto de la procedencia del traslado de régimen pensional, más no porque tal decisión haya declarado que el eventual derecho pensional debía reconocerse en virtud del mencionado régimen de transición.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL2350-2020, hace todo el andamiaje jurisprudencial al respecto del traslado de régimen pensional, y en lo que interesa al proceso aquí debatido se dijo:

“La Corte Constitucional, mediante sentencia C - 789 de 24 de septiembre de 2002, declaró ajustados a los mandatos de la Carta Política estas dos disposiciones legales. Empero, condicionó su constitucionalidad a que se entienda que no se aplican a las personas que tenían quince (15) o más años de servicios cotizados, en el momento de entrada en vigencia del sistema de pensiones.

*Sin duda, la demandante, Blanco Soto de Hincapié, que, en principio, era beneficiaria del régimen de transición, por tener más de treinta y cinco (35) años de edad el 1º de abril de 1994, perdió el beneficio de la transición, al trasladarse voluntariamente, el 8 de octubre de 1998, al régimen de ahorro individual con solidaridad, **que no recuperó, así hubiese retornado, el 1º de enero de 2002, al régimen solidario de prima media con prestación definida**” (Negrilla fuera del texto).*

Adicionalmente, sea oportuno traer a colación lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia SU130 de 2013, en la que deja claro que en casos como en el presente, aún retornando el afiliado en principio beneficiario del régimen de transición por edad al régimen de prima media con prestación definida, no logra conservar el régimen de transición para efectos pensionales, como a continuación se señala:

*“10.11. En el caso de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, tuvieron treinta y cinco (35) años o más si son mujeres, o cuarenta (40) años o más si son hombres, éstas pueden trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco (5) años contados a partir de la selección inicial, salvo que les falte diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, evento en el cual no podrán ya trasladarse. **En todo caso, de ser viable dicho traslado o haberse***

efectuado el mismo al momento de proferirse la presente providencia, ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición. (Negrilla y subrayado fuera del texto).

En el caso bajo estudio, si bien el traslado de la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d) fue producto de la acción de tutela proferida por el Juzgado 57 Penal Municipal de Bogotá el 21 de julio de 2008 (Fol. 37 a 44), decisión con la cual pudo retornar al régimen de prima media con prestación definida, lo cierto es que, sus efectos no pueden dar lugar a sostener la existencia de la cosa juzgada constitucional referida a la conservación del régimen de transición para efectos pensionales, ya que para su recuperación debía indefectiblemente cumplir con 15 años de servicios o su equivalente en cotizaciones para el 1 de abril de 1994, densidad que no acredita, pues tan solo cuenta con 374.57 semanas.

Igualmente, haciendo eco de lo discurrido en la sentencia SU130 de 2013, si bien la actora retornó a COLPENSIONES bajo el abrigo de la acción de tutela, en la que solo tuvo en cuenta la edad al 01 de abril de 1994, a pesar de que para la calenda en que se profirió la decisión (21 de julio de 2008), ya se encontraba vigente la postura de la Corte Constitucional (C- 789 de 2002) de la procedencia del traslado solo para quienes acrediten 15 años al 01 de abril de 1994, ello no genera la recuperación del régimen de transición para efecto del reconocimiento pensional, pues la Corte Constitucional es enfática en señalar que de haberse viabilizado el traslado o de haberse efectuado el mismo, (como ocurrió en el sub lite a través de la acción de tutela), "**ello no da lugar, bajo ninguna circunstancia, a recuperar el régimen de transición**".

Así las cosas, se equivocó la juez de primer grado al establecer que la acción de tutela mediante la cual la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d) pudo retornar al régimen de prima media con prestación definida, le hacía viable conservar el régimen de transición para efectos pensionales, ya que no acredita tener los 15 años de servicios o su equivalente en semanas para el 01 de abril de 1994, y en ese orden, se revocará la decisión de instancia en lo que respecta a la procedencia de la pensión de vejez de la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez (q.e.p.d) con base en lo establecido en el Acuerdo 049 de 1990, y de contera en lo que hace alusión al reajuste de la sustitución pensional que vienen percibiendo los demandantes Martha María Acosta Tobar (hija) y José Ernesto Acosta Puentes (cónyuge).

Intereses moratorios

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que el reproche está dirigido a que se causaron intereses moratorios por la tardanza en reconocer el retroactivo causado por las mesadas que van desde el 01 de marzo de 2012 hasta el 30 de noviembre de 2015, el cual solo fue reconocido a través de Resolución SUB211423 del 8 de agosto de 2018 (Fols. 828 a 843 archivo No 021), pagada a sus herederos a través de Resolución DNP 2373 de 2019, en el mes de octubre de 2019.

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró que desde la Sentencia C-601 de 2000 se: "*fijó el alcance y contenido en la interpretación del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, estableciendo que los mismos proceden para todo tipo de pensión, sin importar la ley o el régimen mediante los cuales se causaron*", y más recientemente en la

sentencia SU-065 de 2018, adoctrino que: *"están obligadas a reconocer el pago de intereses por mora a los pensionados a quienes se les ha reconocido su derecho prestacional en virtud de un mandato legal, convencional o particular. Inclusive, ello sucede con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior, por lo que la moratoria se causa por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior."*

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

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

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

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

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

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

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

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

Lo anterior guarda concordancia con lo previsto en el último inciso del literal e) del Parágrafo 1, del artículo 9 de la Ley 797/03, que modificó el 33 de la

Ley 100/93, y en donde se señaló que las entidades administradoras encargadas del reconocimiento de las pensiones, pagarán dicha prestación «en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario», término que ha sido aceptado por la jurisprudencia de esta Sala (CSJ SL4073-2020, CSJ SL4985-2017)».

En el caso de autos, tal derecho efectivamente se debe reconocer dentro del término señalado en el artículo 9º de la ley 797 de 2003, esto es, cuatro meses como periodo de gracia, contados a partir de radicada la solicitud; en el sub examine, la solicitud se presentó el **21 de diciembre de 2015** (Fol. 83), al sustentar el recurso de reposición y apelación en los siguientes términos: *"1. Reconocerme y pagarme la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990 (...) a partir de marzo de 2012, con una tasa de reemplazo del 90%. 2. Se me reconozca el retroactivo pensional y los respectivos intereses moratorios desde marzo de 2012 hasta noviembre de 2015, según lo contempla el artículo 141 de la Ley 100 de 1993"*, por lo que tenía la entidad de seguridad social hasta el **21 de abril de 2016** para reconocer el derecho reclamado, pero como no lo hizo habría lugar a los intereses moratorios desde el **22 de abril de 2016** hasta el **16 de diciembre de 2017**, fecha en la que falleció la señora Martha Cecilia Tobar Ordoñez (Fol. 35 archivo No 01), sin que se pueda extender más allá de esa calenda, muy a pesar de que el retroactivo haya sido sufragado a los herederos en octubre de 2019, pues el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, es claro en señalar que *"la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado"*, calidad que ostentó la señora Martha Cecilia Tobar Ordoñez hasta el 16 de diciembre de 2017.

En ese sentido, en lo que respecta a la causación de los intereses moratorios, los mismos resultan procedentes, pues se excedió el término con que cuenta la entidad de seguridad social para proceder al reconocimiento y pago del retroactivo pensional; empero como COLPENSIONES propuso la excepción de prescripción, la Sala estudiará tal medio extintivo.

Para resolver, establecen los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el término de prescripción de las acciones laborales de tres años contados a partir de que la obligación se hizo exigible, la que se puede interrumpir como regla general por una sola vez presentando la reclamación por escrito.

Resulta pertinente traer a colación lo adocinado por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, en la que al analizar la figura de la prescripción y las cargas procesales de las partes, asienta: *"En criterio de la Corte Suprema de Justicia que ha sido acogido por esta Corporación, las cargas procesales son aquellas situaciones instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. De allí que la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la demanda de sus derechos en un término procesal específico, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos señalados"*.

En lo que respecta a los intereses moratorios, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SI16585-2015) ha determinado que la fecha de exigibilidad de los

mismos, es desde el momento en que se sobrepasa el plazo que tiene la entidad de seguridad social para reconocer y pagar la pensión solicitada, así:

*"En efecto, la Sala ha enfatizado que la fecha en que se hacen exigibles los citados intereses no es otra que la del retardo o retraso en el pago de ese beneficio pensional, por lo que se debe precisar que sólo es dable hablar de retardo cuando los beneficiarios que se consideran con derecho a una pensión de sobrevivientes han elevado la respectiva solicitud de reconocimiento, que es cuando la entidad de seguridad social ha debido iniciar el trámite para su reconocimiento y su pago y, además de ello, siempre y cuando se haya incumplido con el término establecido en la ley para el reconocimiento de la prestación; mas no desde la fecha de la causación del derecho, porque su otorgamiento no es de oficio sino a petición de parte **y porque si la ley ha conferido un plazo para el efecto, no puede considerarse que incurre en un retardo la entidad que cumple su obligación dentro de tal interregno.** (Negrilla del texto)*

Conforme lo expuesto, en el sub examine, la solicitud del retroactivo pensional e intereses se presentó el 21 de diciembre de 2015, por lo que, la exigibilidad de los intereses moratorios acontece desde el 21 de abril de 2016 (4 meses) y se extiende hasta la fecha del deceso de la señora Martha Cecilia Tobar Ordóñez, ya que la entidad de seguridad social funge como deudora de la obligación desde el preciso momento en que sobrepasa el plazo estipulado por la norma para reconocer y pagar la prestación, y deja de serlo cuando satisface la obligación o en el sub examine, hasta cuando falleció la pensionada. En otras palabras, tales intereses se hacen exigibles al vencimiento del término que tiene la entidad de seguridad social para responder y no lo hace, pero se causan de manera periódica, es decir, diaria, y en el caso de las pensiones de vejez, se causan desde el día en que vencen los 4 meses, y por regla general, hasta cuando se realizó el pago del retroactivo pensional o excepcionalmente, como en el sub lite, hasta el fallecimiento del beneficiario. De allí que, la interrupción de la prescripción debe estudiarse teniendo en cuenta que se trata de acreencias de tracto sucesivo, con la particularidad que los intereses moratorios son diarios, y por ende, cada día que avance y deje de reclamarse en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, hará que se pierda el importe de tales intereses diarios causados.

Descendiendo al caso concreto, debemos partir por decir que en la resolución DNP2373 del 2019, se establece que el retroactivo será ingresado en la nómina del periodo 201909, que se paga en el periodo 201910, y como quiera que la entidad incurrió en mora desde el 21 de abril de 2016 (4 meses), la misma se extiende hasta el 16 de diciembre de 2017, fecha de fallecimiento de la pensionada, y en ese orden, para que no opere la **prescripción total** debía haber interrumpido la prescripción o acudido a la vía judicial hasta el 21 de abril de 2019, pero como ello no sucedió, debido a que la vía gubernativa frente a la reclamación del 21 de diciembre de 2015, quedó agotada con la resolución VPB46001 del **28 de diciembre de 2016** (Fol. 829) y la demanda se presentó el 09 de octubre de 2020 (Fol. 1 archivo 02), hay lugar a prohiar que operó la **prescripción parcial** frente a los intereses moratorios causados con anterioridad al 09 de octubre de 2017.

En consecuencia, realizadas las operaciones matemáticas por concepto de intereses moratorios, desde el 09 de octubre de 2017 hasta el 16 de diciembre de 2017, sobre

las mesadas causadas entre el 1 de marzo de 2012 al 30 de noviembre de 2015 arroja la suma de **\$17.243.070**.

Fecha del cálculo	16-dic-17
Período	201712
Interés Bancario Corriente	20,77%
Tasa E.A. Moratoria	31,16
Tasa Nominual Anual	27,43%
Tasa Nominal Diaria	0,0751500%

Período		Fecha de mora	Diferencia en días	Valor cuota	Tasa diaria	Valor presente
Desde	Hasta					
1-mar-12	30-nov-15	9-oct-17	68	\$ 337.424.393	0,07515%	\$ 17.243.070
					TOTAL	\$ 17.243.070

Debe precisar la Sala que aunque obran otras solicitudes de reclamación de los intereses moratorios, fechadas 24 de marzo de 2017 y 05 de septiembre de 2017, aquellas no tienen la virtud de interrumpir la prescripción en el sub judice, en tanto que si bien la exigibilidad de la obligación de los intereses moratorios es diaria, lo que permite reclamar cada día de interés de manera independiente pero por una única vez, lo cierto también es que la demanda fue presentada el 9 de octubre de 2020, esto es, por fuera de los tres años contados a partir de la última reclamación.

Indexación

Se impartirá condena por indexación teniendo en cuenta que, fue pedida en la demanda, pero aún, de no haberse pedido, procede su reconocimiento siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “*el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa*”, en lo que al punto concluye:

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

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de intereses moratorios \$17.243.070 debidamente indexadas; indexación que opera a partir del 17 de diciembre de 2017 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos. Sin que se presente la incompatibilidad entre los intereses moratorios e indexación, ya que la indexación opera no sobre las mesadas que componen el retroactivo, sino sobre el valor definido por intereses moratorios, el cual, al ser una condena en concreto y determinada con corte al 16 de diciembre de 2017, está sufriendo los efectos de la

devaluación de la moneda desde el 17 de diciembre de 2017 hasta la fecha en que se efectuó el pago, tal y como en casos de similares contornos ha dispuesto nuestra Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL4942/20.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la revocatoria de la sentencia que impartió condena por reliquidación pensional y reajuste de la sustitución pensional, para en su lugar impartir absolución, profiriendo condena solo en lo que respecta a los intereses moratorios, junto con la indexación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto ambas partes fueron recurrentes y les prosperó el recurso de alzada en lo pertinente. Las de primera se confirman, pues a pesar de que se revocó la reliquidación pensional, se impartió condena por intereses moratorios.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO.: REVOCAR la sentencia proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que la señora Martha Cecilia Tobar Ordoñez (q.e.p.d) era beneficiaria del régimen de transición y ordenó la reliquidación de la pensión de vejez y el reajuste de la pensión de sobrevivientes a los demandantes, así como absolvió de los intereses moratorios, para en su lugar, **ABSOLVER** a COLPENSIONES de las pretensión relacionada con la conservación del régimen de transición a favor de la señora Martha Cecilia Tobar Ordoñez (q.e.p.d) , y de las consecuenciales relativas a la reliquidación de la pensión de vejez y reajuste de la sustitución pensional.

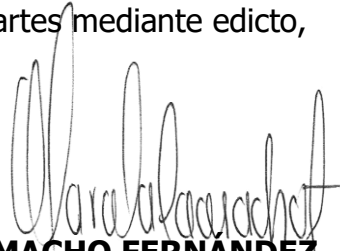
SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a MARTHA MARÍA ACOSTA TOBAR (hija) y JOSÉ ERNESTO ACOSTA PUENTES (cónyuge), el valor de **\$17.243.070** por concepto de intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, generado por las mesadas pensionales causadas a favor de Martha Cecilia Tobar Ordoñez (q.e.p.d), entre el 01 de marzo de 2012 y el 30 de noviembre de 2015. Intereses que se calcularon a partir del 09 de octubre de 2017 y hasta el 16 de diciembre de 2017, dado que hasta esa calenda ostentó la calidad de pensionada la señora Martha Cecilia Tobar Ordoñez (q.e.p.d).

TERCERO: ORDENAR la INDEXACIÓN del valor generado por intereses moratorios, esto es, sobre el valor de **\$17.243.070**, indexación que opera a partir del 17 de diciembre de 2017 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción sobre los intereses causados con anterioridad al 09 de octubre de 2017 y la de inexistencia del derecho y la obligación en relación con la reliquidación pensional, propuestas por COLPENSIONES, y las demás por sustracción de materia se declaran no probadas.

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

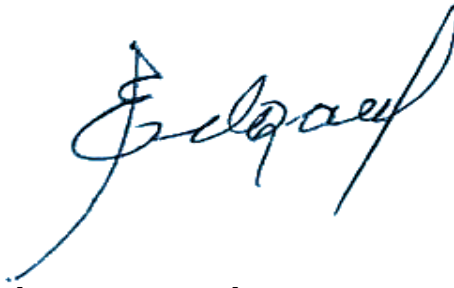
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *LIANA FIORELLA HERNÁNDEZ GODOY*
DEMANDADO: *COLPENSIONES Y OTROS.*
RADICACIÓN: *110013105-020-2021-00307-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. LIANA FIORELLA HERNÁNDEZ GODOY instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., PROTECCIÓN S.A. y OLD MUTUAL S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS; que como consecuencia se ordene a PORVENIR S.A. a devolver con destino a COLPENSIONES las cotizaciones realizadas en su cuenta de ahorro individual; ordenar a COLPENSIONES a recibir a la actora sin solución de continuidad, actualizando su historia laboral, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada al RPMPD desde el 11 de mayo de 1987; que se trasladó de régimen en octubre de 1994 hacia ING; que en la historia laboral aparece actualmente afiliada a PORVENIR S.A., sin que recuerde haber firmado o haberse trasladado de ING, hoy PROTECCIÓN S.A. a otros fondos; que ninguno de los fondos donde aparece afiliada le brindó asesoría e información acerca de las ventajas y desventajas del traslado de régimen; que el 28 de abril de 2021 solicitó ante PORVENIR S.A. la invalidación de su afiliación y el regreso al régimen de prima media con prestación definida, el cual tuvo respuesta negativa el 3 de junio de 2021; que igualmente, el 28 de abril de 2021 petitionó ante COLPENSIONES la aceptación del traslado, pero no tuvo respuesta. (fols. 1 a 19 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 1 a 2 archivo No 14); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones, señalando para tal efecto que en el expediente no obra prueba alguna de que a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento; que no se

evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte de la demandante; que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria; que la demandante no cumple los requisitos de la sentencia SU062-2010, por lo que no procede su traslado. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y finalmente la innominada o genérica. (Fols. 2 a 39 archivo No 08).

3.2 AFP SKANDIA S.A. Contestó la demanda manifestando que no se opone ni se allana, por cuanto las pretensiones se dirigen contra una persona jurídica diferente a la demandada. Como excepciones de fondo rotuló las de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, y la genérica. (Fols. 3 a 7 archivo No 05). Mediante auto del 25 de abril de 2022 se desistió de la demanda frente a esta entidad (Fol. 2 archivo No 18).

3.3 PORVENIR S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando para tal efecto que la AFP le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente, así como también las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual; que la parte actora firmó el formulario de afiliación como señal de aceptación, documento que se presume auténtico; que le garantizó el derecho al retracto; que en el evento de declararse la nulidad e ineficacia no es procedente la devolución de gastos de administración. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (fols. 3 a 27 archivo No 07).

3.4 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda manifestando que no se configura la ineficacia, ya que el traslado constituye un acto válido, exento de vicios del consentimiento y cualquier fuerza para realizarlo; que la actora firmó el formulario de vinculación, acto que tiene la naturaleza de un verdadero contrato, cumpliendo con todos los requisitos de validez y existencia; que la manera como se liquida la pensión en uno y otro régimen no hace nulo el traslado; que no puede configurarse los vicios del consentimiento soportado en las expectativas económicas; que la actora se encuentra en la limitante de que trata el literal e) del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Como excepciones de fondo rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes y la innominada o genérica. (Fols. 3 a 19 archivo No 10)

3.5 COLFONDOS S.A. Dentro de la oportunidad procesal pertinente presentó escrito de contestación de la demanda oponiéndose a las pretensiones, manifestando que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar favorablemente las pretensiones, además que la actora no ha estado vinculada a COLFONDOS S.A., según se evidencia de la historia laboral. Como excepciones de mérito propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de

la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondo S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (fols. 4 a 15 archivo No 11). Mediante auto del 25 de abril de 2022 se desistió de la demanda frente a esta entidad (Fol. 2 archivo No 18)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de abril de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y en consecuencia declarar como afiliación válida la del RPMPD; condenó a la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A. a trasladar los aportes pensionales, como cotizaciones, junto con los rendimientos financieros y los bonos pensionales su los hubiere al respectivo emisor; absolvió de las demás pretensiones y finalmente condenó en costas a cargo de Colpensiones, Porvenir S.A. y Protección S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 13, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, Artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencias SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, y finalmente la SL373 de 2021, señalando para tal efecto que le correspondía a la AFP brindar la información correspondiente al demandante al momento del traslado; que se le debió informar que dicha decisión podía tener consecuencias graves; que la AFP no obró en consonancia con el principio de eficiencia; que el formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la carga probatoria debe invertirse a favor de la parte actora; que la AFP no cumplió con la carga de la prueba, ya que no allegó ningún elementos probatorio que acredite haber cumplido con el deber de información, en consecuencia, declaró la ineficacia del traslado, y ordenó a la AFP Porvenir S.A., devolver la totalidad de los aportes junto con los rendimientos financieros, e igualmente, a Protección S.A. de las sumas que tenga en su poder. Declaró impróspera la excepción de prescripción por tratarse de un derecho íntimamente ligado al derecho pensional, y finalmente, impuso costas a las demandadas. (Fol. 1 a 6 archivo No 18- audiencia virtual- archivo No 17)

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

5.1 COLPENSIONES.: Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando que se revoque la sentencia, ya que la demandante no cumple los requisitos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y por ello, conforme la sentencia SU062 de 2010, no puede trasladarse en cualquier tiempo; que la aceptación del régimen pensional de la demandante fue de manera libre y voluntaria; que permaneció más de 27 años afiliada al RAIS, lo que conlleva a que se sanee cualquier tipo de vicio o nulidad que se haya presentado; que el traslado se realizó con el lleno de los requisitos legales para ese momento; que el traslado de régimen fundado en las prestaciones económicas afecta la sostenibilidad financiera; que Colpensiones es un tercero de buena fe, por lo que no puede ser condenado en costas, además, no se podía oponer al negocio jurídico de traslado; que en caso de mantener la decisión de primer grado, se aplique la línea de la CSJ sobre los gastos de administración.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación solicitando sea revocada la decisión de primera instancia, señalando para tal efecto que no se tuvo en cuenta el formulario de afiliación, documento que no fue tachado de falso y allí se hace constar que la vinculación fue libre, voluntaria y sin presiones, dejando constancia de haber sido asesorada de los aspectos de ambos regímenes; que el formulario cumple con los requisitos del artículo 114 de la ley 100 de 1993; que PORVENIR siempre le garantizó el derecho al retracto, sin que la actora haya actuado diligentemente; que se desconoce

el principio de la autonomía de la voluntad privada; que se revoque de manera integral la decisión emitida por el despacho.

7. Alegatos de conclusión.

7.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil; que a la demandante se le garantizó el derecho al retracto; que la entidad demandada cumplió con la carga de la prueba y allegó las pruebas que se encuentran en su poder, insistiendo en que el formulario de vinculación es un documento público que no fue desconocido ni tachado; que en el evento de confirmar la decisión de instancia, solo es posible devolver los conceptos de que trata el artículo 113 de la Ley 100 de 1993; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

7.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que el demandante no reúne los requisitos legales para regresar al régimen de prima media con prestación definida; que el traslado no adolece de causal de nulidad; que la carga de la prueba le corresponde al demandante, no siendo suficiente la simple afirmación del demandante; que el traslado de régimen implica la descapitalización del sistema pensional; que debe operar la prescripción y caducidad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

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? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios:** (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que 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 LIANA FIORELLA HERNÁNDEZ GODOY se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 11 de mayo de 1987, con cotizaciones hasta el 17 de octubre de 1994, conforme aparece en la historia laboral (fol. 41 archivo No 08); que suscribió formulario de afiliación con PORVENIR S.A con fecha de 31 de enero de 1995 (fol. 90 archivo No 07-SIAF y 93); que posteriormente se trasladó a ING, hoy PROTECCIÓN S.A. el 15 de octubre de 1997 (Pág. 90 Archivo No 07 y 25 archivo No 10), y luego el 28 de febrero de 2000 pasó a Horizonte, hoy PORVENIR S.A. (Fol 90 y 94 archivo No 07), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que es equívoca la postura de las AFP al considerar, desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta “los actos de relacionamiento” de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

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

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: ***“la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen”***.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PORVENIR S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 31 de enero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

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

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: *"...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrá costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman, sin que le asista razón al apoderado de COLPENSIONES, dado que de conformidad con el numeral 1° del artículo 365 del CGP, resultó ser parte vencida en el proceso, además de la férrea oposición que realizó a las pretensiones del demandante.

DECISIÓN

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

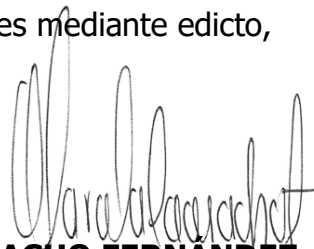
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **TERCERO** de la sentencia proferida el 25 de abril del 2022, por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP PORVENIR S.A., se extiende también a la AFP PROTECCIÓN S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, gastos de administración, y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

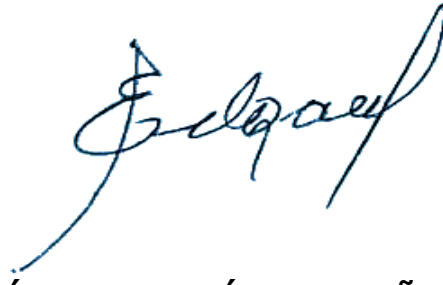
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

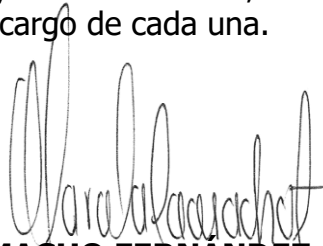


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000, a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *ANA MARÍA ARANGO OTERO.*
DEMANDADO: *COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., PORVENIR S.A. Y OLD MUTUAL S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-027-2018-00635-01*
ASUNTO: *APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA*
TEMA: *INEFICACIA TRASLADO*

Bogotá D.C, veintidós (22) de junio de dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANA MARÍA ARANGO OTERO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A., con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS. En consecuencia de lo anterior se declare la nulidad y/o ineficacia de los traslados efectuados dentro del RAIS; que se ordene a la AFP Old Mutual S.A., a retornar a Colpensiones la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, gastos de administración y demás conceptos; que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPMPD y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; que se condene lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 19 de enero de 1963; que desde el 03 de julio de 1985 estuvo afiliada al ISS y hasta 1996, acumulando 400 semanas; que el 25 de abril de 1996 se afilió a Colmena, hoy Protección S.A.; que en el mes de diciembre de 2003 se trasladó a SKANDIA S.A; que las entidades donde se efectuó el traslado no le brindaron la información suficiente respecto de los beneficios y consecuencias del traslado; que el 13 de julio de 2018 solicitó ante Protección S.A. la anulación y/o ineficacia del traslado, pero no fue atendida su solicitud; que el 9 de julio de 2018 elevó solicitud de nulidad y/o ineficacia ante Old Mutual S.A., siendo resuelta el 30 de julio de 2018 de manera negativa; que el 09 de julio de 2018 radicó ante Colpensiones la activación de su afiliación, pero a la fecha de presentación de la demanda no ha sido resuelta. (fol. 4 a 21 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 124 a 125 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que no es procedente declarar la nulidad de la afiliación, toda vez que el traslado fue producto de una manifestación libre y voluntaria; que la demandante estuvo afiliada al RAIS por más de 15 años en los cuales no demostró inconformidad alguna; que la demandante está inmersa en la prohibición legal del traslado; que la afiliada aceptó directamente las condiciones del traslado con la firma del formulario de vinculación; que el deber de información cuestionado por la accionante fue regulado a través de la ley 1748 de 2014, es decir que sólo hasta 2014 se fijó el contenido mínimo del deber de información para que procedan los traslados entre regímenes; que el traslado de la accionante se realizó en el año 1996, época en la que no existía dentro del ordenamiento jurídico condición previa de brindar asesoría con anterioridad al traslado entre regímenes; que la falta de proyección pensional al momento del traslado de la accionante no puede tenerse como prueba útil para demostrar un eventual vicio en el consentimiento; que Colpensiones no tuvo injerencia en el negocio jurídico del traslado. Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la innominada o genérica. (fol. 127 a 140 archivo No 01).

3.2 AFP PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el traslado de régimen pensional de la accionante es completamente válido; que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la nulidad o ineficacia del acto jurídico del traslado; que la decisión del traslado del RPM al RAIS se realizó de forma consciente, espontánea, sin presiones y en cumplimiento de todos los requisitos vigentes para la época; que la demandante recibió información suficiente y veraz sobre las implicaciones de su traslado; que suscribió el formulario de solicitud de vinculación, mismo que fue aprobado por la entonces Superintendencia Bancaria; que la firma del formulario de afiliación no puede ser entendida como una mera formalidad, desconociendo los efectos que produce; que la obligación en cabeza de la AFP para el momento del traslado no incluía una doble asesoría, ni el deber de informar por medio escrito de los beneficios puntuales de cada régimen; que la demandante también tenía el deber de indagar sobre las implicaciones de su traslado del RPM al RAIS; que contó con varias oportunidades durante su vida laboral para trasladarse de régimen pensional y no lo hizo; que no existe norma legal que establezca la ineficacia del traslado de régimen pensional por fallas en la información suministrada. Como excepciones propuso las de prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fol. 340 a 359).

3.3 AFP OLD MUTUAL S.A. Contestó la demanda presentando oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la vinculación a Skandia, hoy Old Mutual, constituye acto válido en la medida en que la AFP cumplió con su deber legal de ofrecer una asesoría integral y completa a la actora; que la actora tomó una decisión informada, libre, espontánea y sin presiones como consta en la casilla correspondiente en su solicitud de vinculación; que dentro del escrito de la demanda no se allegó prueba alguna que sustentan la nulidad de la afiliación; que no se configuran el error ni el dolo como vicios del consentimiento; que el deber de información debe verificarse en relación con la fecha en la que se realizó el traslado del régimen pensional, en la medida en que tal requisito no se encontraba vigente tras la expedición de la ley 100 de 1993; que la pertenencia al RAIS no modificó la situación pensional de la actora, dado que todas las AFP comparten las mismas disposiciones, limitaciones y beneficios; que la actora esta incurso en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que la actora no es beneficiaria del régimen de transición. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica. (fol. 182 a 195 archivo No 01).

3.4 AFP PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que la demandante suscribió la solicitud de vinculación de forma libre y voluntaria; que no consta situación anómala o de constreñimiento en la vinculación de la accionante; que los asesores de la AFP Protección S.A. fueron diligentes al brindar información verbal a la accionante respecto de las diferencias entre el RPM y el RAIS; que no se advierte la existencia de error, dolo o fuerza que vicie el consentimiento; que la accionante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de afiliación de la AFP, buena fe por parte de la AFP Protección S.A, inexistencia de capital acumulado en la cuenta de ahorro individual del demandante en la administradora de fondo de pensiones Protección S.A, 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 de previsión cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica. (fol. 248 a 261 archivo No 01).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de abril de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS y sus posteriores traslados entre administradoras; condenó a Skandia S.A a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Colpensiones a tener como válidamente afiliada a la demandante al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de SKANDIA S.A.; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó a Skandia S.A. en la suma de \$1.000.000 como agencias en derecho.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 31989 de 09 de septiembre de 2008, SL 33083 del 22 de noviembre de 2011, SL 12136 del 03 de septiembre de 2014, SL 17595 del 18 de octubre de 2017, SL 19447 de 2017, SL 1452 del 03 de abril de 2019, SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 1688 del 08 de mayo de 2019, señalando que la AFP Protección S.A no cumplió con su carga probatoria de acreditar la correcta y completa asesoría al momento de solicitar el traslado del régimen; que la carga probatoria le correspondía a la AFP Protección y no a la demandante; que no obra prueba alguna que acredite que se le hayan informado a la demandante los beneficios del trasladarse al régimen y mucho menos de sus desventajas; que el formulario de afiliación es insuficiente para determinar cuáles fueron los términos de la asesoría brindada a la demandante al momento de la afiliación; que el formulario de afiliación no puede tomarse como prueba del consentimiento informado; que la carga probatoria tampoco fue suplida por las AFP Porvenir S.A y Skandia S.A; que las AFP Protección S.A, Porvenir S.A y Skandia Pensiones y Cesantías incumplieron de manera notoria su deber de proporcionar información completa y suficiente a la demandante y tal omisión influyó en la decisión de trasladarse de régimen pensional y permanecer en aquel; que la AFP Skandia S.A es quien posee el saldo de los aportes de la demandante en el RAIS; que se declara ineficaz el traslado el 25 de abril de 1996, así como los traslados posteriores entre las a AFP; que la AFP Skandia S.A debe devolver a Colpensiones todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual, cuotas de administración y comisiones junto con los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, frutos e intereses, rendimientos y bonos pensionales; que la excepción de prescripción es

inoperante en tratándose de ineficacias de traslados entre regímenes pensionales por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES** quien solicitó que se revoque la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que el acto de traslado fue válido y tuvo efectos jurídicos; que la demandante efectuó aportes voluntarios y obligatorios al RAIS adquiriendo obligaciones; que se deben tener en cuenta las sentencias SL 4934 de 2020 y la SL 1061 de 2021 donde se indica que múltiples cambios entre administradoras de fondos privados de pensiones se denominan como actos de relacionamiento, lo cual permite suponer que la afiliada desea continuar en dicho régimen; que la demandante tenía la vocación de permanencia en el RAIS; que la decisión de declarar la ineficacia del traslado quebranta el principio de sostenibilidad financiera; que el afiliado no está exonerado del deber de ilustrarse frente a la decisión del cambio de régimen; que no es posible trasladar perjuicios de las omisiones en el deber de información a un sujeto que no interviene en la decisión del afiliado al momento del traslado, y finalmente que en caso de ser confirmada la sentencia solicita se reintegre a Colpensiones la totalidad de cotizaciones de conformidad con las sentencias emitidas por la Corte Suprema de Justicia, así como también que se condene a la AFP a los perjuicios.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que el traslado fue realizado de manera libre y voluntaria, tal como se expresó en el formulario de vinculación; que cumplió a cabalidad con el deber de información para la época del traslado; que para la fecha del traslado no estaba obligada a dar buen consejo ni hacer proyecciones; que la demandante tuvo múltiples oportunidades para regresar y no lo hizo; que en caso de declararse la ineficacia, debe tenerse en cuenta el concepto de la Superintendencia Financiera que establece los conceptos que se debe trasladar; que debe tenerse en cuenta las restituciones mutuas; que ordenar la devolución de las comisiones es tanto como ordenar a la compañía de seguros que si no se presenta el siniestro debe devolver lo aportado en la póliza; que las comisiones y gastos de administración no financian la pensión de vejez, por lo que le es aplicable la prescripción.

6.2 COLPENSIONES.: Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que obran pruebas documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se hizo de manera libre y voluntaria, con la presentación de la información clara y precisa; que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema; que en caso de confirmarse la decisión de instancia, se condene a la devolución de la totalidad de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración.

6.3 DEMANDANTE: Solicita que se confirme en su integridad la decisión de instancia, ya que la AFP del RAIS no cumplió con la carga de la prueba de informar a la demandante al momento del traslado.

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 sea desfavorable de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que 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 ANA MARÍA ARANGO OTERO se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 03 de julio de 1985 con cotizaciones hasta el 30 de abril de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fols. 143 a 147); que se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A el 25 de abril de 1996 (fol. 262); que posteriormente, suscribió formulario con la AFP Skandia S.A el 14 de noviembre del 2003 (fol. 364); que luego, suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A el 26 de octubre de 2005 (fol. 360); que el 27 de marzo de 2007 se trasladó nuevamente a SKANDIA S.A (fol. 197), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones. (fol. 212 a 220)

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1996- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

En el mismo sentido, la Sala observa que ninguna contradicción se presenta en el interrogatorio de parte, pues la actora fue consistente en manifestar que sólo dio cuenta de generalidades y los beneficios del RAIS, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral a la actora, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 del 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Actos de relacionamiento

Aluden en su defensa los apoderados judiciales de las partes apelantes que debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

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

Traslado entre varias administradoras del RAIS

En este punto, cabe resaltar lo doctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 09 de septiembre de 2008, en la que expresó: “***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***”.

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues aunque la accionante se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP PROTECCIÓN S.A. en el año 1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible al potencial afiliado, menos aún, cálculos comparativos de la mesada pensional en ambos regímenes.

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 25 de abril de 1996, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

Consecuencias que conlleva la ineficacia del traslado- devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

Ahora, en lo relacionado con la devolución de los anteriores conceptos cuando se presentan varios traslados al interior del RAIS, la Corte también ha tenido oportunidad de pronunciarse y en sentencia SL2877/20, concluyó:

"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A., AFP SKANDIA S.A, y PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, lo cierto es que la condena no se hizo extensiva a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A., y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de

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

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces*" (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

Además se debe precisar que en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

Se debe precisar que la acción de ineficacia del traslado no está sometida al término trienal que rige en materia laboral, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y, por tanto, resulta imprescriptible y así se dejó sentado por nuestra H. Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias, en las de radicado SL1421 de 2019 y SL1689 de 2019. En cuanto a la devolución de los gastos de administración al ser una consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes de la afiliada, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

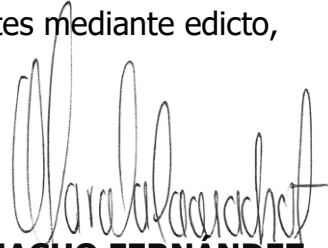
PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 19 de abril del 2022, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que la condena impuesta a la AFP SKANDIA S.A., se extiende también a la AFP PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. (durante la vigencia de la afiliación en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, los conceptos ordenados en el referido numeral, **los cuales deberá asumir de sus propias**

utilidades, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

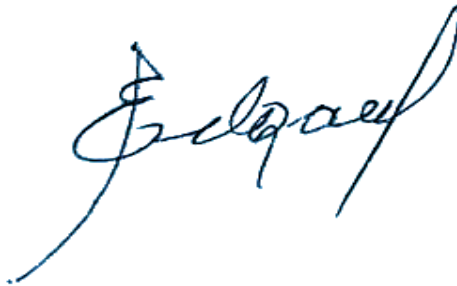
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

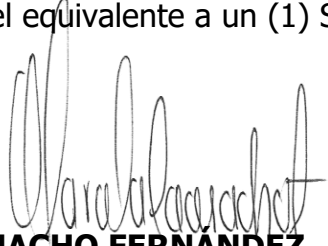


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada