



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA EUNICE ARDILA ARDILA
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013-105029-2021-00087-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA DE 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. La señora MARÍA EUNICE ARDILA ARDILA interpuso demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin de que, se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, y en consecuencia, se ordene a PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES todas las sumas de dinero, como bonos, cotizaciones, sumas adicionales, rendimientos financieros, comisiones y gastos de administración; que se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, y reactive la afiliación de la actora, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 1 de julio de 1965; que estuvo afiliada al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 1 de octubre de 1985 cotizando 358,57 semanas; que se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. el 5 de noviembre de 1996; que la AFP COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A. no le suministró la información necesaria e integral para tomar una decisión libre e informada; que el 02 de diciembre de 2020, solicitó ante COLPENSIONES la anulación del traslado, pero le fue negada mediante oficio No BZ2020-1234986. (*folios 1 a 20 archivo No 04*)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (*fol. 03 archivo No 06*); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. CONTESTACIONES.

3.1. COLPENSIONES. La entidad contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones consignadas en el libelo demandatorio señalando que el traslado fue válido en tanto los documentos allegados demuestran un consentimiento válido exento de cualquier vicio; que la demandante hizo ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal del artículo 2 literal e) de la ley 797 de 2003, pues no cuenta con una edad inferior a los diez años anteriores a cumplir la edad de pensión; que COLPENSIONES se encuentra imposibilitada para recibir a la demandante; que COLPENSIONES ha actuado apegada a las disposiciones normativas y reglamentarias que dirigen las actuaciones de las entidades públicas. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de reunir los requisitos legales, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y la genérica. *(fol. 1 a 15 archivo No 07)*

3.2. PROTECCIÓN S.A. La AFP privada contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que en el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que la afiliación al RAIS es totalmente válida y eficaz al haberse suscrito de manera libre, voluntaria y sin presiones; no existe norma legal que faculte la devolución de dineros a COLPENSIONES; que la forma en como se liquide la pensión no puede servir como fundamento para declarar la ineficacia o nulidad del traslado por falta de vicios del consentimiento. Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional y la genérica. *(fol. 2 a 25 archivo No 09)*

4. Fallo de Primera Instancia:

Terminó la instancia el 2 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia, declaró la ineficacia del traslado de la demandante con PROTECCIÓN S.A. el 5 de noviembre de 1996 con fecha de efectividad 01 de enero de 1997; ordenó a PROTECCIÓN S.A devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante MARÍA EUNICE ARDILA ARDILA por concepto de cotizaciones y rendimientos; ordenó a COLPENSIONES recibir a la demandante y reactivar su afiliación; y se abstuvo de imponer costas.

El *a quo* fundamentó su decisión con apoyo de la línea jurisprudencial, desarrollada por la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 con la sentencia 31989, entre otras, la sentencia 1452 de 2019, 68852 de 2019, 1689 de 2019, 373 de 2020, y las que posteriormente se han proferido, que ha establecido varias reglas, entre ellas, aquella que enseña que la simple firma del formulario de afiliación no es prueba suficiente de un consentimiento informado. También la Corte desde un inicio indicó que era deber fundamental de los fondos de pensiones, cumplir con la información, la

asesoría, el buen consejo o la doble asesoría, dependiendo el momento en el cual se traslade el afiliado.

Que en el caso particular de la demandante, se tiene que se trasladó del RPMPD el 5 de noviembre de 1996, es decir, que se trasladó en el primer periodo definido por la Corte Suprema de Justicia, y que para esa fecha existía el derecho de información, de manera que la AFP debía ilustrar a la demandante respecto de cada una de las características de los regímenes pensionales existentes en el país, para que una vez enterada, pudiese tomar una decisión informada sobre el sistema al cual prefería pertenecer.

Que la AFP PROTECCIÓN S.A. no demostró ninguna otra prueba aparte del formulario de vinculación, que pudiera ilustrar al despacho el cumplimiento del deber de información, por lo que debía declararse la ineficacia del traslado.

Finalmente, manifestó la a quo, que se aparta de la línea jurisprudencial en lo relacionado con los gastos de administración, argumentando que, en la práctica, los gastos de administración en cabeza de la AFP privada han superado el valor de las cotizaciones, por lo tanto no es procedente ordenar la devolución de dichas expensas a COLPENSIONES, pues representan un detrimento patrimonial a aquella.

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

5.1. COLPENSIONES. Solicita que se incluya en la condena los gastos de administración a favor de COLPENSIONES, ello siguiendo la postura de la Corte Suprema de Justicia, concepto que además debe ser con cargo a sus propias utilidades.

5.2. PROTECCIÓN S.A. Manifestó que desde la afiliación de la demandante se ha administrado en debida forma sus aportes, generando altos rendimientos, por lo que ordenar su devolución sería castigarla por la excelente administración que realizó; que se estaría desconociendo el derecho a las restituciones mutuas establecidas en el artículo 1746 del Código Civil; que el traslado de los gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa para COLPENSIONES, entidad que nunca administró la cuenta de ahorros de la demandante; que los descuentos por cuotas de administraciones se realizan conforme el artículo 20 de la ley 100 de 1993, los cuales también se descuentan en el régimen de prima media; que las cuotas de administración y de seguro previsional tienen una naturaleza completamente diferente a la naturaleza de la pensión, por lo que aplica la prescripción; que en cuanto al seguro provisional, se trata de un seguro, el cual es pactado con un tercero de buena fe que ni siquiera está vinculada en el presente proceso.

6. Alegatos de conclusión

6.1 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 la demandante se encuentra en la prohibición legal del traslado, por lo que no resulta procedente el traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se estudiará en consulta 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 la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARÍA EUNICE ARDILA ARDILA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 1 de octubre de 1985, con cotizaciones hasta el 30 de octubre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por el ISS, hoy COLPENSIONES (*fol. 34 a 36 archivo No 01*); que suscribió formulario de afiliación con

la AFP COLMENA con fecha 5 de noviembre de 1996 (fol. 67 archivo No 001), entidad donde se encuentra actualmente afiliada.

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que la demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 "Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993" en cuyo artículo 11

señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

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

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ, entre otras, en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que la demandante haya permanecido muchos años en el RAIS, no tiene la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, toda vez que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad, pues como se explicó, el afiliado requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las

variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato 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.

Aspecto que en efecto ha sido abordado 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 nada 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 aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la 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 que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

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).

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, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora parte de PROTECCIÓN S.A., con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de descuento por gastos de administración, 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 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 del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. En cuanto a COLPENSIONES no se imponen al prosperarle el recurso de alzada frente a la devolución de los conceptos a cargo de la AFP. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

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

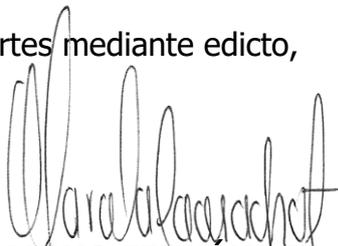
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 02 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PROTECCIÓN S.A (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **los gastos de administración, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima 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 en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



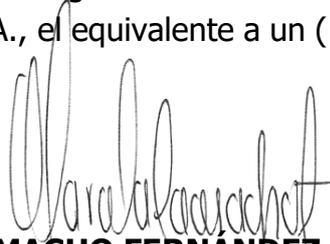
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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 PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CECILIA GÓMEZ DE SABOGAL
DEMANDADO: EPS SANITAS Y OTROS.
RADICACIÓN: 22-2017-00460-01
TEMA: APELACIÓN SENTENCIA - INCAPACIDADES

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. CECILIA GÓMEZ DE SABOGAL instauró demanda ordinaria contra EPS SANITAS, COLMENA S.A., y PORVENIR S.A. con el propósito de que se declare y condene al pago de las incapacidades expedidas por patologías de origen común y profesional, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que desde el año 2007 se encuentra incapacitada por las enfermedades de epicondilitis lateral, síndrome de manguito rotador, epicondilitis media y túnel carpiano; que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, determinó que la epicondilitis lateral es de origen profesional, asignándole una PCL del 12.83%, con fecha de estructuración del 04 de mayo de 2010; que la ARL BOLIVAR el 17 de febrero de 2011, le reconoció el valor de \$3.277.766 por concepto de indemnización por pérdida de capacidad laboral; que para el 01 de junio de 2015 la empresa donde labora Inversiones Iberocaribe SAS, decide cambiarla de ARL, pasando a COLMENA S.A.; que dada la demora en la atención médica por parte de la ARL COLMENA S.A., ha continuado el tratamiento con la EPS SANITAS; que presentó acción de tutela en agosto de 2015, y mediante fallo del 31 de agosto de 2015, se decidió tutelar los derechos fundamentales, ordenando el pago de las incapacidades a cargo de COLMENA S.A.; que surtido la impugnación de la tutela, mediante fallo del 22 de octubre de 2015, se decide modificar la orden de pago, ordenando cancelar las incapacidades a la ARL BOLIVAR; que la ARL BOLIVAR cumplió con el pago de las incapacidades de enero a junio de 2015; que COLMENA S.A. no le ha prestado la atención medica frente a su enfermedad profesional, por lo que ha sido atendida por le EPS SANITAS; que las incapacidades expedidas por SANITAS EPS han sido radicadas en COLMENA S.A., pero no le han sido pagadas, argumentando que la incapacidades no fueron expedidas por médicos de su red; que igualmente la EPS SANITAS ha incapacitado a la actora por enfermedades de epicondilitis media, síndrome del túnel carpiano y manguito rotador de origen común, y se ha negado a su pago, aduciendo que excedió el tiempo límite de 180 días; que PORVENIR S.A. se ha negado a recibir y pagar las incapacidades de origen común; que ha recurrido a acciones de tutela para obtener el pago de las incapacidades, las cuales han sido favorables a la parte actora, ordenando el reconocimiento de las incapacidades a cargo de la EPS SANITAS y COLMENA S.A., quienes han cumplido con su pago, pero han olvidado continuar pagando las incapacidades expedidas con posterioridad al fallo de tutela; que el salario devengado

para el año 2017 es de \$836.878; que es una persona de 57 años de edad, y su única fuente de sustento son las incapacidades médicas, ya que le ha sido imposible incorporarse a su puesto de trabajo. (Expediente electrónico, PDF 001. DEMANDA).

2. Contestación de demanda.

2.1 COLMENA S.A.: Presentó oposición a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que carecen de sustento fáctico y jurídico, ya que las mismas se encuentran dirigidas contra SANITAS EPS y PORVENIR S.A., además que las incapacidades relacionadas en el libelo genitor ya fueron pagadas por COLMENA S.A.; que frente a otras incapacidades no puede pretender el pago por la vía judicial, cuando no ha agotado los trámites administrativos ordinarios previstos por la administradora de riesgos laborales; que se debe evaluar la pertinencia de la incapacidad, esto es, que tenga causa en riesgos laborales; que no se ha presentado demora injustificada en el reconocimiento y pago de las incapacidades, ya que varias incapacidades ya fueron pagadas. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de la obligación y falta de causa, y prescripción (Expediente electrónico, PDF 001)

2.2 PORVENIR S.A.: En la oportunidad legal, se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que de conformidad con el artículo 142, parágrafo 5 del Decreto 019 de 2012 y artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, solo procede el pago de las incapacidades a partir del día 181 y hasta el día 540, siempre y cuando haya concepto favorable de rehabilitación, por lo que en el caso concreto al no cumplirse con lo anterior, la entidad no está obligada legalmente a efectuar reconocimiento y pago de incapacidades en favor de la demandante. Como excepciones de fondo esgrimió las de inexistencia de la obligación a cargo de PORVENIR S.A., ausencia de derecho sustantivo – responsabilidad de terceros, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación (Expediente electrónico, PDF 001- Fols. 243 a 261)

2.3 EPS SANITAS S.A.: Como réplica a la demanda, se opuso a las pretensiones con sustento en que la mayoría de incapacidades corresponden al diagnóstico de Epicondilitis Media, el cual es de origen laboral, por lo que la obligación de pagar las incapacidades está a cargo de COLMENA S.A., además que ninguna de las incapacidades relacionadas a cargo de la EPS fueron reclamadas ante SANITAS EPS, en tal sentido, las mismas eran plenamente desconocidas; que le corresponde al empleador efectuar el trámite oportuno de las incapacidades. Como excepciones de mérito indicó las de falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, inexistencia del título y causa, cosa juzgada, buena fe, prescripción, y la genérica (Expediente electrónico, PDF 001- Fols. 412 a 439)

2.4 INVERSIONES IBEROCARIBE SAS.: Presentó escrito de contestación sosteniendo que aquella entidad no se encuentra en la obligación legal de asumir incapacidades, ya que en virtud de la afiliación y las cotizaciones subrogó el riesgo en las entidades de seguridad social demandadas, además que sobre las cotizaciones no se presenta inconformidad por las otras demandadas; que a la actora le fue reconocida la pensión de vejez desde el 03 de abril de 2019, situación que evidencia el cumplimiento de las obligaciones del empleador en lo que refiere a las cotizaciones, y denota la improcedencia de reconocimiento de incapacidades después de esa calenda. Como excepciones de mérito indicó las de falta de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, y compensación. (Expediente electrónico, PDF 001- Fols. 670 a 708)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 05 de noviembre del 2021, mediante la cual la Juzgadora condenó a INVERSIONES IBEROCARIBE SAS, a la suma de \$111.584 por concepto de los dos primeros días de incapacidades de origen común, pago que deberá efectuarse debidamente indexado; condenó a la EPS SANITAS

a pagar a favor de la actora la suma de \$427.717 por concepto de incapacidades de origen común generadas a partir del día tercero, suma que deberá ser indexada al momento del pago; condenó a la ARL COLMENA S.A. la suma de \$6.416.003 por concepto de incapacidades de origen laboral, suma que deberá indexarse al momento del pago; declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por PORVENIR S.A., y finalmente, condenó en costas a SANITAS EPS, COLMENA S.A. e INVERSIONES IBEROCARIBE SAS.

Para arribar a tal decisiva señaló, luego de citar el Decreto 019 de 2012, Decreto 2943 de 2013, Ley 1753 de 2015 y Ley 776 de 2002, concluyó que del día primero al tercer día le corresponde asumir al empleador, del tercero al día 180 a la EPS, salvo que dicha EPS no emita concepto de rehabilitación y haga la remisión del mismo a la AFP; y en lo que respecta a las patologías de origen laboral, responde la ARL de los servicios asistenciales, desde el día siguiente al ocurrido el accidente o diagnóstico, en un monto del 100% del salario inicialmente por 180, prorrogables por 180 días más.

En el caso sub examine, consideró que la actora presente diferentes incapacidades bajo los diagnósticos de epicondilitis lateral, síndrome de manguito rotador, epicondilitis media y túnel carpiano.

Bajo ese panorama procedió a realizar la relación de las incapacidades solicitadas en la demanda, y sobre las cuales impartió condena a cargo de cada una de las demandadas, así:

	No Incapacidad	Desde	Hasta	Días	Diagnostico	IBC	Empleador	EPS
1	2452402	30/11/2016	13/12/2016	14	TUNEL	836.878	\$55792	\$275782
2	2496419	14/01/2017	16/01/2017	3	MANGUIT	836.878	\$55792	\$ 22982
3	2497598	17/01/2017	20/01/2017	5	TUNEL	836.878		\$122953
						TOTAL	\$111.584	\$421717

En cuanto a COLMENA S.A. impartió condena por valor de \$ 6.416.003 correspondiente a las siguientes incapacidades:

	No Incapacidad	Desde	Hasta	Días	Diagnostico
1	2081644	11/11/2015	15/11/2015	5	Epicondilitis media
2	2168224	26/02/2016	16/03/2016	20	Epicondilitis media
3	2405020	18/10/2016	6/11/2016	20	Epicondilitis media
4	2116487	28/12/2015	16/01/2016	20	Epicondilitis lateral
5	ILEGIBLE	22/02/2016	26/02/2016	5	Epicondilitis lateral
6	2485284	3/01/2017	6/01/2017	4	Epicondilitis lateral
7	2490963	10/01/2017	12/01/2017	3	Epicondilitis lateral
8	2503701	21/01/2017	30/01/2017	10	Epicondilitis lateral
9	2515302	1/02/2017	10/02/2017	10	Epicondilitis lateral

10	2526017	10/02/2017	19/02/2017	10	Epicondilitis lateral
11	2537212	20/02/2017	1/03/2017	10	Epicondilitis lateral
12	2551824	2/03/2017	12/03/2017	10	Epicondilitis lateral
13	2665457	13/03/2017	22/03/2017	10	Epicondilitis lateral
14	2579077	23/03/2017	1/04/2017	10	Epicondilitis lateral
15	2592764	3/04/2017	12/04/2017	10	Epicondilitis lateral
16	2604592	12/04/2017	21/04/2017	10	Epicondilitis lateral
17	2628923	4/05/2017	13/05/2017	10	Epicondilitis lateral
18	2645992	16/05/2017	25/05/2017	10	Epicondilitis lateral
19	2662328	26/05/2017	4/06/2017	10	Epicondilitis lateral
20	2670293	2/06/2017	11/06/2017	10	Epicondilitis media
21	2683580	12/06/2017	21/06/2017	10	Epicondilitis lateral
22	2693634	21/06/2017	23/06/2017	3	Epicondilitis media
23	2696304	24/06/2017	3/07/2017	10	Epicondilitis lateral

Consideró además, que si bien a la actora le fue pagada una indemnización por incapacidad permanente parcial, las incapacidades generadas con posterioridad no pueden ser desconocidas por las demandadas, y por ello, dado que las patologías de epicondilitis lateral y media son de origen laboral, ya que así lo determinó por la Junta Regional y Nacional de Calificación de Invalidez, debe responder la ARL COLMENA, entidad donde se encuentra afiliada la actora desde el 06 de junio de 2015, en todo caso hasta el 24 de octubre de 2018, fecha del nuevo dictamen donde se establecieron que tales patologías son de origen común; igualmente, respecto a COLMENA, no se excedió los 180 días, prorrogables por 180, por lo que procede el reconocimiento a su cargo.

Ahora, si bien la ARL allega la relación de unas incapacidades, como la No 2116487 del 28 de diciembre de 2015 al 16 de enero de 2016 y la No 2485284 del 03 de enero de 2017 al 06 de enero de 2017, no obra pago en el expediente.

Respecto a las incapacidades que fueron allegadas por la parte demandante con posterioridad a la interposición de la demanda, consideró que no se pueden tener en cuenta, ya que no fueron objeto del debate probatorio y fijación del litigio, en todo caso el reconocimiento de incapacidades no puede ir más allá del 01 de febrero de 2019, momento en que se reconoció la pensión de vejez por PORVENIR S.A.

En cuanto a la prescripción, indicó que la primera incapacidad data del 15 de noviembre de 2015, por lo que tenía hasta ese mismo día y mes del año 2018 para solicitar su reconocimiento, y como quiera que no existe constancia de reclamación, se entiende

interrumpida la prescripción con la presentación de la demanda, fechada el 18 de julio de 2017, esto es, dentro del término de los 3 años, por lo que no prospera tal excepción.

En cuanto a la postura de la EPS SANITAS, de que hizo un pago al empleador por valor de \$2.128.702 en agosto de 2018, no es posible imputar lo aquí condenado en ese valor, ya que no se discriminó a que conceptos o incapacidades corresponde ese pago.

En relación con los intereses moratorios, no dio prosperidad a los mismos, pero ordenó la indexación por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Frente a PORVENIR S.A. declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación por no estar a cargo de tal entidad ninguna de las incapacidades por las cuales se profirió condena.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. Recurso de apelación del demandante. Inconforme con la anterior decisión, presentó recurso de apelación argumentando que las incapacidades allegadas al proceso como prueba "sobreviviente" deben tenerse en cuenta, ya que fueron allegadas en el trámite del proceso, además el debate del presente caso se centra en el reconocimiento de incapacidades de origen común y laboral; que en el trámite del proceso fue incapacitada y las mismas deben ser reconocidas; que el proceso es de público conocimiento y las partes demandadas hicieron referencia de aquellas en los alegatos; que de conformidad con el artículo 4 del Decreto ley 1281 de 2012, se generan ante el incumplimiento del pago de incapacidades, e igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T 138 de 2014, ha indicado su procedencia.

5.2. Recurso de apelación demandada SANITAS EPS: Manifestó inconformidad en cuanto a la condena de las tres incapacidades, la 2542402, 2496419 y 2997598, ello por cuanto se argumentó en la sentencia que se había efectuado un pago de \$2.128.702, pero se aduce que no obra prueba de que monto o como fue imputado ese monto a las incapacidades; sin embargo, desde la contestación de la demanda se hizo énfasis a esas tres incapacidades, y prueba de ello es el anexo No 04, en este sentido, se solicita que se haga un estudio de las consideraciones y se tenga en cuenta las pruebas aportadas en la demanda, además, que se reconsidere la condena en costas por un salario mínimo, ya que la entidad reconoció en tiempo las incapacidades.

5.3 COLMENA S.A.: Solicita que se revoque lo atinente a la condena impuesta, ya que las incapacidades del 28 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2017, fueron pagadas, prueba de ello, es el listado de incapacidades pagadas y dentro de estas figura el pago que se realizó por este concepto; que la incapacidad del 22 de febrero de 2016 fue objetada ya que las atenciones médicas deben ser realizadas por la red de COLMENA, y las restantes incapacidades que fueron objeto de condena, aunque no fueron presentadas en la oportunidad, en el transcurso del proceso fueron evaluadas, aquellas no tienen soporte de las historias clínicas, como la del 10 de enero de 2017 al 12 de enero de 2017, 21/01/2017 al 30/01/2017, 01/02/2017 al 10/02/2017, 10/02/2017 al 19/02/2017, del 20/02/2017 al 01/03/2017, del 02/03/17 al 11/03/2017, del 13/03/2017 al 22/03/2017, del 22/03/2017 al 01/04/2017, del 03/04/2017 al 12/04/2017, del 12/04/2017 al 21/04/2017, del 04/05/2017 al 13/05/2017, del 16/05/2017 al 25/05/2017, del 26/05/2017 al 04/06/2017, del 02/06/2017 al 11/6/2017, del 12/06/2017-21/06/2017-,24/06/2017-03/07/2017,19/12/2017 al 17/01/2018, del 18/05/2018 al 16/06/2018; que de otro lado, de conformidad con el artículo 3 del Decreto 776 de 2002, es evidente que a la demandante se le calificó el diagnóstico y fue indemnizado por la ARL BOLIVAR, por tanto, las prestaciones económicas se cancelan hasta el momento de la declaratoria de la

IPP, y por ello varias de las incapacidades de la condena fueron otorgadas con posterioridad a la calificación de PCL, razón por la cual no procede el pago de tales incapacidades; que la actora desatendió los trámites administrativos de las incapacidades conforme el Decreto 019 de 2012; que no es posible incluir incapacidades fuera de las oportunidades legales.

5.4 INVERSIONES IBEROCARIBE SAS: Alude que en relación con las dos incapacidades condenadas en su contra, si bien es cierto los primeros dos días corresponden al empleador, lo cierto es que conforme el Decreto 1333 de 2018, si existe prórroga de la incapacidad, así se trate de diferente código, no se tiene obligación de pago de la incapacidad por el empleador; que se cumplió con las obligaciones por parte del empleador, por lo que no procede el pago de las costas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colmena S.A.. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que las incapacidades no fueron presentadas en su oportunidad ente COLMENA, y además no tienen soporte de historia clínica.

6.2 Iberocaribe S.A.S.. Peticiona que se revoque la condena impuesta en su contra, ya que tal entidad cumplió con el pago de lo que le correspondía como empleador, además que debe tenerse en cuenta la prórroga de la incapacidad por la cual se impartió condena; que la entidad subrogó el riesgo en las entidades de seguridad social demandadas.

6.3 Porvenir S.A.. Solicita que se confirme la decisión en tanto que no hay condena alguna en contra de Porvenir S.A.

6.4 Demandante. Manifiesta que se revoque parcialmente la decisión en lo tocante a reconocer las incapacidades que fueron allegadas en el transcurso del proceso, ello teniendo en cuenta los hechos o pruebas sobrevinientes.

6.5 Sanitas EPS. Aduce que no es procedente condena alguna en contra de Sanitas EPS, ya que las incapacidades fueron canceladas, a pesar de que las mismas fueron allegadas con ocasión de la demanda.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer (i) ¿Las incapacidades emitidas a favor de la actora entre el 11 de noviembre de 2015 y el 03 de julio de 2017, deben ser asumidas por el empleador, SANITAS EPS y COLMENA S.A.?, (ii) ¿En el caso de las incapacidades condenadas a cargo del empleador, operó su interrupción por lo que es procedente contabilizar de nuevo los días que debe asumir, o se entiende que es prórroga de la inicial? (iii) ¿La EPS SANITAS y la ARL COLMENA S.A. acreditan el pago de las incapacidades que fueron condenadas en su contra? (iv) ¿Procede el reconocimiento y pago de los intereses moratorios? y ¿Se debe incluir en la condena, las incapacidades allegadas en el transcurso del proceso por la parte actora?

Marco jurídico de las incapacidades

En aras de resolver los recursos de apelación formulados, cumple recordar que, con relación a la incapacidad laboral, el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 establece que para los afiliados al régimen contributivo del Sistema General de Seguridad Social en Salud – SGSSS, es decir, los cotizantes, el sistema a través de las Entidades Promotoras de Salud – EPS, les reconocerá la incapacidad por enfermedad general.

No obstante, aunque por regla general del –SGSSS- la incapacidad será reconocida por la EPS una vez ésta es expedida por el profesional adscrito o perteneciente a la misma, caso en cual, dicha entidad la deberá reconocer en la medida en que se haya cotizado en los términos previstos en el artículo 2.1.13.4 del Decreto 780 de 2016, también debe tenerse en cuenta su tiempo de duración, con el fin de determinar el obligado a cancelarla.

Así, en el evento en que el trabajador se vea imposibilitado por salud para ejercer su labor entre el primer y el segundo día, el empleador será el responsable de asumir el desembolso de conformidad con el Decreto 2943 de 2013. Si pasado el segundo día el empleado continúa incapacitado por su médico tratante, a partir del tercer día y hasta el día número 180 la obligación de cancelar el auxilio económico recae en la empresa promotora de salud (EPS) a la que se encuentre afiliado, siempre y cuando fuese cumplida la carga impuesta en el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012. Desde el día 181 y hasta el 540, el pago de las incapacidades está a cargo del fondo de pensiones, en virtud del artículo citado. Después del día 540 en adelante, conforme con la Resolución No 2266 de 1998 (Vigente para la época en que se profirieron las incapacidades), y la Ley 1753 de 2015, artículo 67, indica que *"El reconocimiento y pago a las Entidades Promotoras de Salud por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos"*

Ahora, aunque a las entidades que pertenecen al Sistema Integral de Seguridad Social les corresponde reconocer y pagar las incapacidades laborales (entre otras prestaciones de índole económica), también lo es que el trámite para la obtención del pago de las prestaciones económicas está en cabeza del empleador, tal y como lo dispone el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. En tal virtud, el señalado Decreto estableció que el trámite para el reconocimiento y pago de incapacidades laborales a cargo de las entidades que pertenecen al subsistema de Seguridad Social debía hacerse a través de los empleadores y, en esa medida, al trabajador le correspondía tan solo comunicar la expedición de la incapacidad, para que procediera su reconocimiento y pago.

Igualmente, frente a las interrupciones de las incapacidades y la entidad que debe asumir el pago de las mismas, vale la pena traer en comento la sentencia T-401 de 2017, en la que, en un caso de similares contornos referido a varias incapacidades y a la responsabilidad de las entidades de seguridad social obligadas a su reconocimiento, precisó:

*"Ahora bien, contrario a lo sostenido por la EPS Sanitas, la simple interrupción de la continuidad de los períodos en los que se prescriben certificados de incapacidad no basta para que se pueda predicar una ausencia de continuidad en las incapacidades. En efecto, como lo han reconocido tanto esta Corporación¹ como el Ministerio de Salud y Protección Social, **las interrupciones inferiores a 30 días no rompen con la continuidad de un período de incapacidad. De este modo, a partir de la aplicación analógica del artículo 13 de la Resolución 2266 de 1998, "se entiende como prórroga de incapacidad, la que se expide con***

¹ T-144 de 2016

*posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión, o por otra que tenga relación directa con ésta, así se trate de código diferente **y siempre y cuando entre una y otra no haya interrupción mayor a treinta (30) días calendario***”.

En la misma línea de pensamiento se ubica la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la sentencia de tutela STL2621-2019, se extrae lo siguiente:

"Lo anterior deja claro que le asiste razón a la impugnante cuando afirma que, al darse un nuevo conteo de incapacidades, se presentó una interrupción mayor a 30 días y en esa medida no le corresponde asumir el auxilio que se reclama. En efecto el Decreto 1333 de 2018, definió lo que eran las prórrogas de las incapacidades:

*"Artículo 2.2.3.2.3. Prórroga de la incapacidad. Existe prórroga de la incapacidad derivada de enfermedad general de origen común, cuando se expide una incapacidad con posterioridad a la inicial, por la misma enfermedad o lesión o por otra que tenga relación directa con esta, así se trate de diferente código CIE (Clasificación Internacional de Enfermedades), **siempre y cuando entre una y otra, no haya interrupción mayor a 30 días calendario**."*

Igualmente, ha de recordar la Sala que el certificado de incapacidad temporal es una prestación que resulta de la existencia de un concepto médico que acredita la falta temporal de capacidad laboral del trabajador, es decir, que surge de *"un acto médico (...) independiente del trámite administrativo del reconocimiento de la prestación económica."*² En la emisión de este último *"el criterio médico prevalece para definir el número de días de incapacidad recomendada con el fin de proteger los derechos fundamentales a la salud y la vida del paciente."*³

Ahora bien, una vez expedido el certificado de incapacidad laboral, sus pagos y los de las respectivas prórrogas, deben ser asumidos por distintos agentes del Sistema General de Seguridad Social, dependiendo de la prolongación de la situación de salud del trabajador.

Así, el lapso que existe entre el día 1 y el día 2, competen económicamente al empleador, de conformidad con la modificación que introdujo el artículo 1º del Decreto 2943 de 2013, al parágrafo 1º del artículo 40 del Decreto 1406 de 1999.

Las incapacidades expedidas del día 3 al 180 generan un auxilio económico a cargo de las Entidades Promotoras de Salud, y el trámite tendiente a su reconocimiento está a cargo del empleador, conforme lo dispone el artículo 121 del Decreto-Ley 19 de 2012.

Una vez precisado lo anterior, y descendiendo al caso objeto de estudio, debe decirse que las partes recurrentes no presentan disenso frente a la obligación que le asiste a cargo de cada una de las entidades, siendo objeto de reparo el que las incapacidades ya fueron pagadas, como en el caso de SANITAS EPS, o que al presentarse prórroga no debe responder por los dos días en la segunda incapacidad por parte del empleador; igualmente COLMENA S.A. aduce que existe prueba del pago de algunas incapacidades, que otra fue objetada y las restantes que deben desestimarse por no tener soporte de historia clínica.

² Ministerio de la Protección Social. Concepto 295689. 04-10-2010. Asunto: Radicado 264518. En cita en: CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

³ CASTELLANOS RAMÍREZ, Julio César. La incapacidad como acto médico. Universitas Médica, 54(1), 26-38. Bogotá, 2013.

Bajo esa arista, en lo que respecta a SANITAS EPS, esgrime que las incapacidades No 2542402, 2496419 y 2997598, a cuyo pago fue condenada, ya se encuentran pagadas, y prueba de ello según su dicho, está en el anexo cuarto de la contestación de la demanda, documento que reposa a folio 246 a 248, contentivo de una certificación emitida por el área de prestaciones económicas, la cual a juicio de la Sala no demuestra el pago efectivo ante la demandante, ya que solo contiene una relación de las incapacidades presentadas desde el año 2006 hasta el año 2018.

Al respecto, esta Sala de Decisión considera que no puede dar por acreditado el pago de las incapacidades con la simple manifestación emanada de la propia parte en construcción de su misma prueba; asimismo, al tratarse del pago de una prestación económica, lo procedente es que la parte demandada hubiera arrimado al proceso los soportes correspondientes, además por ser evidencias que se encuentran en su poder, y al respecto, al igual como en proceso donde se debate el pago de la obligación, ha considerado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (STL9003-2020), que para proceder a la condena se requiere tener certeza de los valores sufragados, así:

*"considera esta Sala que era indispensable que Colpensiones **allegara tal evidencia al proceso**, requisitos que pasaron por alto los sentenciadores, **pues sólo les bastó la afirmación de dicha entidad** a través de la referida resolución de que había reliquidado la pensión de vejez desde el 1 de septiembre de 2001 en cuantía de \$608.963 (Negrilla fuera del texto).*

Así las cosas, ante la evidente orfandad probatoria respecto del pago de las incapacidades en favor de CECILIA GÓMEZ DE SANDOBAL, habrá de confirmarse la decisión de instancia en este aspecto.

Frente a la censura relacionada con tener en cuenta el valor que la EPS SANTITAS giró al empleador, por la suma de \$2.128.707, cumple precisar que no puede desprenderse que las incapacidades objeto de condena se encuentren inmersas en ese valor, pues constituye un monto general que bien pudo corresponder a otras de las tantas incapacidades generadas a favor de la actora, y por ello, al no tener evidencia o discriminación detallada del concepto que cubre ese valor, lo consecuente es tener como no sufragadas las incapacidades objeto de condena a cargo de SANITAS EPS, sin que puede tenerse en cuenta el documento allegado con los alegatos de conclusión, ya que no es la oportunidad procesal para allegar pruebas, y por ello, al igual que a la parte demandante, sirvan los mismos argumentos para ello, tal como se relatará más adelante.

Frente a la censura de COLMENA S.A dirigida a que obra prueba del pago de las incapacidades del 28 de diciembre de 2015 y el 3 de enero de 2017, baste con hacer referencia a los argumentos anteriores, ya que obra una certificación emitida por la Jefatura de Reservas y Liquidación (Fol. 125 y 126) en la que se describe que se canceló a la actora el valor de algunas incapacidades; sin embargo, tampoco se encuentra soporte del pago realizado, y a pesar de que obra a folio 127 y 128 una consignación por \$175.560, tal valor no corresponde a las incapacidades que fueron objeto de condena, o por lo menos, no corresponde a la del 28 de diciembre de 2015 ni a la del 3 de enero de 2017.

Ahora, en relación a que la ARL BOLIVAR sufragó una indemnización por incapacidad permanente parcial y que por ello no hay lugar al pago de incapacidades causadas con posterioridad, acota la Sala que tal sustento no puede salir avante, dado que son dos prestaciones diferentes, pues la incapacidad permanente parcial se otorga "en proporción al daño sufrido" (artículo 7º Ley 776 de 2002), mientras que la incapacidad depende de la enfermedad o lesión que le impide al trabajador desempeñar su capacidad laboral por un tiempo determinado (Artículo 2 Ley 776 de 2002), es decir, son dos prestaciones recibidas del mismo sistema, pero con diferente naturaleza, aunado a que, para la causación de la incapacidad permanente parcial se requiere de la calificación de invalidez

para determinar económicamente el monto a reconocer, pero tal valor no comprende las incapacidades que se puedan generar con posterioridad a la calificación, pues sería tanto como exigirle al afiliado que de allí en adelante no presente afectaciones en su salud o integridad por estar previamente reconocidas económicamente, lo cual resulta del todo equivocado.

En lo que refiere a que una incapacidad fue glosada y otras no fueron atendidas por un profesional de su red de servicios, sea menester aducir que dichos argumentos constituyen talanqueras administrativas para evadir el pago de las incapacidades generadas a favor de la actora, ya que de conformidad con el artículo 121 del Decreto 19 de 2012, no se pueden solicitar las historias clínicas para tramitar las incapacidades, pues tales documentos gozan de reserva legal, y en cuanto a las glosas, aquella figura corresponde a las inconformidades entre las entidades que componen el sistema y no frente al afiliado, quien cumplió con la carga de allegar la incapacidad otorgada en ese momento por la EPS SANITAS en la que se establece el diagnóstico como enfermedad laboral, además debe tenerse en cuenta que inicialmente los diagnósticos fueron calificados por la Junta Regional de Calificación de Invalidez como de origen profesional y solo hasta el 24 de octubre de 2018 (Fol. 349 a 352), fecha del nuevo dictamen es que se estableció que las patologías por las cuales se generaron las incapacidades son de origen común, y en ese sentido, ante la incertidumbre inicial sobre su origen común o laboral, no le era exigible a la actora que acudiera a recibir atención médica solamente ante la ARL, sino que también podía acudir ante la EPS como en efecto aconteció, y por ello, algunas de las incapacidades otorgadas por la EPS deben ser tenidas en cuenta por la ARL COLMENA y proceder a su pago, máxime cuando la EPS las relacionada como enfermedad profesional.

En lo que concierne al recurso de alzada elevado por Inversiones Iberocaribe SAS, explica la Sala que, entre la incapacidad por el diagnóstico de síndrome del túnel carpiano y manguito rotador, pasaron 30 días calendario, ya que finaliza la primera el 13 de diciembre de 2016 e inicia la otra el 14 de enero de 2017, por lo que no resulta menor de 30 días como lo señala el artículo 2.2.3.2.3 del Decreto 1333 de 2018, y por tanto, en nada cambia la decisión el hecho de que puedan los dos diagnósticos tener relación directa.

Igualmente, la parte actora pretende el reconocimiento de incapacidades generadas con posterioridad a la presentación de la demanda (Fols. 279 a 297); no obstante, tal documento se arrió al proceso por fuera de la oportunidad legal, 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 desprevénida 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 activa pretende que se tenga en cuenta en la decisión de fondo una documental aportada en el transcurso del proceso, con posterioridad a la presentación de la demanda y que no fue decretada en la etapa correspondiente, pues en la audiencia celebrada el 20 de septiembre de 2021 (Archivo No 007) se decretaron

como pruebas a favor de la parte actora las que corren de folios 2 a 49, auto respecto al cual no se manifestó ninguna inconformidad, siendo aquella la oportunidad para que la parte activa confutara la decisión de instancia, pero no lo hizo, razón por la cual, no puede ahora por vía del recurso de apelación de la sentencia revivir términos para que se tenga en cuenta una documental arrimada por fuera de la oportunidad legal; igualmente, tenía la posibilidad de reformar la demanda e incluir las incapacidades a las que hace alusión, pero tampoco procedió de conformidad, razón por la cual, ni siquiera en la fijación del litigio se consignó o hizo referencia a tales incapacidades.

De otro lado, el hecho de que algunas incapacidades sean generadas con posterioridad a la presentación de la demanda, no significa que deban tenerse como prueba sobreviniente o "hecho sobreviviente" como lo refiere la activa, ya que si bien, el artículo 281 del CGP establece que en la sentencia se debe tener en cuenta "*cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda*"; ello no puede ser entendido con la finalidad de aportar pruebas por fuera de la oportunidad legal y menos cuando teniendo la oportunidad de controvertir el auto que negó su incorporación decidió guardar silencio, además que los hechos sobrevinientes deben conllevar a la modificación o extinción del derecho sustancial sobre la cual verse la controversia, y en el sub examine, las incapacidades presentadas con posterioridad a la demanda no modifican ni extinguen el derecho sustancial, solo generarían un mayor valor en la condena a favor de la parte actora, lo que no se corresponde con el derecho sustancial, esto es, la procedencia o no de las incapacidades.

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 arrimó sorpresivamente y no se ejercieron los recursos cuando fueron excluidas del acervo probatorio; 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 activa de la Litis, pues no ejerció los recursos 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.

Intereses moratorios

Sobre este aspecto, es menester recordar que el trámite para la obtención del pago de las prestaciones económicas a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud está en cabeza del empleador, de conformidad con el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012. Para ello el artículo 2.2.3.1 del Decreto 780 de 2016, que incorpora el artículo 24 del Decreto 4023 de 2011, dispuso el procedimiento que aquel debe seguir respecto del recobro de estas.

Así, respecto del reembolso de las incapacidades laborales que con ocasión al cumplimiento del deber impuesto en el artículo 121 del Decreto Ley 019 de 2012 el empleador haya tenido que satisfacer, debía efectuarse por aquél la reclamación de la prestación económica correspondiente ante la EPS, para que esta a su vez revise, liquide y autorice su pago dentro de los 15 días hábiles siguientes a la radicación. Concediendo a la EPS 5 días hábiles adicionales, para efectuar su pago, si es que hay lugar a ello. Lo anterior significa que la EPS cuenta con un total de 20 días hábiles para el reembolso,

vencidos los cuales, empezará a correr los intereses moratorios que se aduce en el artículo 4° del Decreto Ley 1281 de 2002.

Ahora, debe precisar la Sala para efectos de resolver el reproche que se hace a la sentencia de primer grado, que en 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.

En este orden, al pretender la demandante una sentencia acorde con lo deprecado en el libelo inicial, tiene la carga de allegar al proceso los medios de convicción que acrediten 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.

Precisamente esto último es lo que acontece en el presente asunto en concreto, pues analizadas en conjunto las pruebas documentales aportadas, no se encuentra demostrada la reclamación de las prestaciones económicas cuyo pago es ordenado en este asunto, siendo claramente su resorte probar dicha circunstancia. Lo anterior, en razón a que las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, no conducen a probar que se hubiese realizado reclamación a las entidades demandadas sobre el pago de las incapacidades, ya que solo fue a través de la demanda que se petitiona el pago y si bien se tuvo que acudir a la acción de tutela para el pago de algunas incapacidades generadas con anterioridad a las que aquí se reclaman, de manera alguna elevó reclamación ante la EPS SANITAS o COLMENA S.A. en relación concreta con las incapacidades que fueron objeto de condena.

En ese orden de ideas, al examinar los medios de convicción allegados al plenario se colige la inexistencia de prueba indicativa y que demuestre con total certeza de que la demandante haya realizado las reclamaciones respectivas tendientes a obtener el pago de las incapacidades laborales a la EPS SANITAS y COLMENA S.A. accionadas, sin que haya lugar a que la Sala deba partir de deducciones fácticas o inferencias sin el apoyo de un medio persuasivo como se pretende.

Así las cosas, sin que haya más puntos por resolver para la Sala no queda otra disyuntiva que confirmar en su integridad la decisión de instancia.

COSTAS

En segunda instancia no se impondrá condena en costas por no haberse causado, ya que tanto la parte activa como pasiva presentaron recurso de alzada sin prosperidad para ninguno. Las de primera instancia se confirman, dado que de conformidad con el artículo 365, numeral 1° del CGP, la parte vencida debe asumir las costas procesales. Al tiempo que, de conformidad con el artículo 366, numeral 5 de la misma disposición, esta no es la oportunidad procesal para controvertir el monto de las mismas, razón por la cual se despacha de manera desfavorable la alzada dirigida en ese horizonte por las partes.

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 5 de noviembre del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

-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: RICARDO ALFREDO FERNÁNDEZ SOCHA
Demandado: BRINKS DE COLOMBIA S.A.
Radicación: 11001-3105-029-2020-00376-01.
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. RICARDO ALFREDO FERNÁNDEZ SOCHA 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 empleador no pidió autorización al Inspector del 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, el pago de la indemnización especial establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997; 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 indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, la indexación, y las costas procesales.

Como sustento factico de las pretensiones indicó que prestó sus servicios a favor de la demandada desde el 01 de marzo de 2004 a través de un contrato a término indefinido, desempeñándose como escolta, con una asignación básica al momento de finalizar el contrato de \$1.515.670; que actualmente padece de Lumbago con Ciática; que por los problemas de salud fue reubicado como escolta el 28 de mayo de 2020; que el 21 de abril de 2020 se reintegró a la empresa luego de disfrutar el periodo de vacaciones, siendo asignado al Banco de la República; que el contrato finalizó el 05 de junio 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 22 de abril de 2020; que fue citado a descargos para el 28 de mayo de 2020, fecha en la cual asistió y dio las explicaciones sobre los hechos de la cual era cuestionado; que el 05 de junio 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 22 archivo No 01)

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 de manera no autorizada informa al representante del Banco de la República que algunos de los trabajadores de Brinks de Colombia SAS se encontraban por fuera de la operación por contagio con COVID-19, generando graves repercusiones para la compañía, ya que fue información falsa, 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 la terminación del contrato de trabajo se dio con ocasión a una justa causa imputable al demandante derivado del incumplimiento grave de sus obligaciones, por lo que dicha desvinculación no se encuentra relacionada con las supuestas condiciones médicas del demandante y por ello, no cuenta con la protección especial de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Como excepción de mérito rotuló la de que debe tenerse en cuenta el objeto social de mi representada, la terminación del vínculo laboral se dio como consecuencia del incumplimiento no como una decisión directa del proceso disciplinario, la terminación del contrato de trabajo se dio por justa causa imputable al trabajador y no por su condición médica, el gravísimo incumplimiento del demandante frente a las obligaciones legales y contractuales, suministro de información confidencial y reservada del historial clínico de los trabajadores, incumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, que el proceso disciplinario se adelantó con todas las garantías procesales, que se respetó el debido proceso, la posibilidad de terminar con justa causa el vínculo laboral en el conflicto colectivo, inexistencia de persecución sindical, inexistencia de la obligación demandada, cobro de lo no debido, buena fe y lealtad, temeridad y mala fe, y la genérica. (Fol. 1 a 22 archivo No 04).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de mayo del 2022, en la que la falladora declaró que el despido acaecido el 05 de junio de 2020 del señor RICARDO ALFREDO FERNÁNDEZ SOCHA, por parte de BRINKS DE COLOMBIA S.A., se dio sin justa causa en vigencia de un conflicto colectivo, en consecuencia, ordenó el reintegro al cargo que venía desempeñando 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 mismo desde el 05 de junio 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 haber suministrado información falsa al cliente Banco de la República, de que tres compañeros estaban contagiados con Covid 19, sin autorización de la empresa.

Preliminarmente señaló que de conformidad con el criterio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, el demandante debe probar el hecho motivante de la terminación y la parte contraria debe acreditar que dicho hecho constituye justa causa, además que se debe manifestar en forma expresa e inequívoca los motivos concretos o la causal invocada, así como también, probar en juicio su veracidad, y cumplir las formalidades y ritos que exigen las normas laborales.

Que el demandante cumplió con la carga probatoria, ya que el hecho del despido quedó probado con la documental de folio 73 y 61, relativa a la comunicación del 5 de junio de 2020, dirigida al demandante, mediante el cual se da por terminado el vínculo laboral, correspondiéndole a la demandada, establecer la ocurrencia de esa falta, y al juzgado determinar si esa falta corresponde a una justa causa.

Manifestó que en la carta de terminación del contrato se indica las causales legales y reglamentarias infringidas por el demandante, el cual consiste en la conducta desplegada el 22 de abril de 2020, al transmitir información falsa a un funcionario del Banco de la República, relativa a que tres de sus compañeros se encontraban contagiados de COVID 19.

Para sustentar y demostrar la conducta, la entidad demandada arrojó el correo electrónico del 23 de abril de 2020, dirigido por Andrés Caicedo Navas del Banco de la República, en la que se indica que el demandante comunicó información no oficial de que tres compañeros de trabajo se encontraban fuera de operación por contagio de Covid 19. Igualmente se tiene la diligencia de descargo en la que el demandante negó haber informado el estado de salud de sus compañeros, ya que recién estaba ingresando de vacaciones y que no tenía conocimiento de ello, aunado a que la hora que se indica fue la comisión de la falta no tuvo contacto con personas del banco.

Concluyó la a quo, que el demandante en la diligencia de descargos no aceptó haber realizado la conducta que se le endilga, y por ello, la única prueba que se tuvo en cuenta fue el correo electrónico enviado por el Banco de la República, sin aportar prueba distinta, incluso los testigos consideran que la falta se demostró con el correo indicado; precisó que en todo proceso, debe respetarse y garantizarse el derecho de defensa, contradicción y controversia de la prueba, derechos que fueron desconocidos por la demandada.

Que si bien merece credibilidad el correo del Banco de la República, no ocurre lo mismo frente al proceso laboral, correspondiéndole a la demandada demostrar en juicio la comisión del hecho, no siendo suficiente el correo mencionado, además la empresa podía solicitar otro tipo de pruebas, como el testimonio de la persona del Banco que emitió el correo o el funcionario al cual se les dio la información que se le censura al actor. En conclusión, la empresa no asumió la carga probatoria de la ocurrencia del hecho, y por lo tanto la terminación del contrato de trabajo se dio sin justa causa.

Frente al fuero circunstancial, manifestó que quedó demostrado y aceptado que en efecto para la fecha en que se dio por terminado el contrato de trabajo estaba vigente un conflicto colectivo, luego, al estar demostrado que el trabajador fue despedido sin justa causa, y estar vigente un conflicto colectivo, estaba amparado por el fuero circunstancial, debiéndose ordenar su reintegro, tal como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras la SL3317-2020.

En lo que tiene que ver con la estabilidad laboral reforzada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, no hay lugar al pago de tal indemnización, ya que no quedó demostrado que la terminación fuese motivada por las condiciones de salud del demandante, como lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, además la empresa adujo otra circunstancia para terminar el contrato de trabajo, y por ende, no hay lugar al pago de la indemnización solicitada. (Audiencia virtual, archivos 18 y 19)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, fue recurrida por las partes procesales así:

Demandante: Lo hizo de manera parcial respecto de la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ya que si bien es clara la jurisprudencia que dicen que lo que se protege es la discriminación, también es claro que cuando no existe justa causa se presume la discriminación y debía exigirse el trámite previo de autorización del Ministerio del Trabajo; que es claro las patologías del demandante y la empresa las conocía; que tenía una discapacidad el cual le imposibilitaba cumplir sus funciones normales; que ha debido accederse a que el despido se produjo por problemas de salud y por ello también hay lugar a la indemnización especial de 180 días de salario conforme la Ley 361 de 1997.

Demandada: Adujo que se presenta una desacertada e indebida valoración probatoria, ya que se desconoce que el cliente Banco de la República, con claridad en su queja identificó al demandante, y no existió duda en señalar a otro trabajador; que al existir una identificación plena y concreta del trabajador, además de confirmar su conducta con los demás documentos aportados, y la confesión del demandante de haber prestado sus servicios en el Banco de la República para el día de los hechos, está demostrada la conducta; que se dejó de apreciar que dentro de la diligencia de descargos, manifestó que tuvo contacto en el Banco con una persona de seguridad, y el correo viene dirigido por el área de seguridad, por lo que está demostrada su conducta; que el demandante sí emitió pronunciamiento sobre información falsa y no autorizada y se generó una queja que la demandada debió responder ante el Cliente; que desconocer la queja del cliente o restarle valor probatorio, es decirle al cliente que la demandada no cree en ella porque tiene mayor valor la respuesta del trabajador que ha incumplido sus obligaciones, además que ello lleva a debilitar la relación con la compañía; que el trabajador no desvirtuó la manifestación del Banco, y bien pudo haber presentado versión libre, testimonios o cualquier prueba de los tripulantes, tampoco se esforzó en lo más mínimo en demostrar que el Banco lo estaba reseñando injustamente; que existe una prueba concreta y clara, su contacto fue con una persona de seguridad y se recibió una queja en donde detallan con claridad todos los incumplimientos del demandante; que existe prueba irrefutable del incumplimiento del demandante; pretender allegar como prueba una grabación o video sería caer en un ritualismo excesivo para demostrar algo que ya está probado; que existió una argumentación indebida, se desconocieron los argumentos y pruebas aportadas.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante. Solicita que se confirme la decisión de instancia en cuanto que ordenó el reintegro; no obstante, debe prosperar la indemnización por encontrarse gozando del fuero de discapacidad y el despido se realizó sin autorización del Ministerio del Trabajo.

5.2 Demandada. Refuerza en los alegatos los argumentos de la apelación, sosteniendo que se dio una indebida valoración probatoria, dado que el Banco de la República con claridad identificó al demandante y su conducta se puede confirmar con los demás documentos aportados al expediente; que el trabajador de ninguna manera desvirtúa lo dicho por el Banco de la República; que está plenamente demostrada la justa causa para terminar su contrato, por lo que debe proceder la revocatoria de la sentencia de primer grado.

6. CONSIDERACIONES

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 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? **iii)** ¿Para la fecha en que el demandante fue desvinculado, gozaba o no de fuero circunstancial, en caso afirmativo, si hay lugar al reintegro? Igualmente, **iiii)** ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo? En caso positivo **v)** ¿Procede la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997?

Relación laboral

No existe controversia respecto a que el actor prestó sus servicios para la demandada BRINKS DE COLOMBIA S.A. desde el 01 de marzo de 2004 hasta el 05 de junio de 2020, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 76, 91 y 63 a 71 archivo No 01), contentiva de la liquidación final de prestaciones, certificación laboral y carta de terminación del contrato, 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. 92 a 148 archivo No 01) 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 "impugnar la sanción de despido".

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 05 de junio de 2020 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 63 a 71 archivo No 01).

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

"Esta decisión se determinó con ocasión a la responsabilidad derivada de la investigación disciplinaria desplegada por la empresa por lo ocurrido el día 22 de abril de 2020 en las instalaciones del Banco de la República en la ciudad de Bogotá, en donde usted de manera no autorizada informa a representantes del mencionado Banco de la República en la ciudad de Bogotá que algunos trabajadores de Brinks de Colombia se encontraban fuera de la operación por contagio de COVID -19, generando graves repercusiones para la empresa Brinks de Colombia, dado que se generó un irreparable daño reputacional a la empresa por la información que usted de manera no autorizada emitió al Banco de la República, (...)

No aceptamos incumplimiento de ninguna índole, sobre todo los que evidencian la falta de guardar absoluta y estricta reserva y confidencialidad sobre la totalidad de los asuntos, normas, procedimientos, políticas, regulaciones y cualquier tipo de información de la Empresa, como tampoco incumplimientos al código de ética, reglamentos internos, formas, modos, procedimientos y protocolos de ejecución de las labores establecidas por el empleador, pues con su actuar no solo afectó la relación con el cliente si no que puede conllevar a la afectación del buen nombre de la empresa. (...)

Asociado a lo anterior, queda comprobada que todas las actuaciones presentadas se hubieran podido prevenir y evitar si usted hubiera cumplido y acatado las ordenes e instrucciones del empleador al realizar la labor en decoro,

discreción, guardando el valor discrecional frente al cliente y en calidades establecidas por la compañía, frene a la que usted está capacitado, atentando también contra el código de ética de nuestra compañía, frente a los cuales usted presenta injustificadamente incumplimiento, en ese sentido incurrió en una grave falta disciplinaria, conforme a lo previsto en el numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que previó como justa causa de despido "cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador, de igual manera desconoció lo previsto dentro del Reglamento de Trabajo, Contrato de Trabajo y Código Sustantivo del Trabajo, así:

1. Reglamento Interno del Trabajo.

Artículo 59 numerales 1,2,5,7,8,9,38,45

Artículo 62 numerales 1,7,8,31,32,33

Artículo 65 numerales 41,61 y 62

Artículo 73 que establece las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo en los numerales 3,4 y 26

2. Código Sustantivo del Trabajo

Artículo 56.

Artículo 58 numerales 1,4 y 5

Artículo 62 que establece las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo por parte del empleador, numerales 2 y 3.

3. Código de Ética

Incumplimiento al código de ética: guardar información confidencial y solo revelarla en caso que se tenga una necesidad comercial legítima".

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 informar sin autorización el 22 de abril de 2020 a representantes del Banco de la República, que algunos trabajadores de Brinks de Colombia se encontraban fuera de la operación por contagio de COVID -19.

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al reglamento interno de trabajo y al código de ética 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, en el Reglamento Interno de Trabajo (Artículo 73, numerales 1 a 26- Fols. 127 a 129 archivo No 01), los que adecuó a la conducta que se le endilga al actor en los siguientes numerales:

Reglamento Interno de Trabajo: Artículo 73, numerales 3) Emplear expresiones vulgares, injuriosas, soeces, calumniosas, ofensivas, insultantes y humillantes en sus relaciones con los compañeros, superiores jerárquicos y clientes. -4) Tener comportamiento irrespetuoso o grosero con los superiores jerárquicos, compañeros de trabajo y/o clientes. - e 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.

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que es equívoca la postura de la entidad en enrostrarle como causal las estipuladas en los numerales 3,4 y 26 del artículo 73 del RIT, ya que de ninguna manera la presunta conducta del actor, de informar sin autorización el 22 de abril de 2020 a representantes del Banco de la República, que algunos trabajadores de Brinks de Colombia se encontraban fuera de la operación por contagio de COVID -19, pueda encajar en las disposiciones alegadas del RIT, ya que no logran tener la entidad de ser "expresiones vulgares, injuriosas, soeces, calumniosas, ofensivas, insultantes y humillantes" o que se trate de un "comportamiento irrespetuoso o grosero con los superiores jerárquicos, compañeros de trabajo y/o clientes". Y en cuanto al numeral 26, que trata del incumplimiento de "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", debe decirse que las causales legales alegadas (*Artículo 56 - Artículo 58 numerales 1,4 y 5*) se tratan de las prohibiciones legales de las partes y del trabajador, pero no se encuentran consagradas como justa causa tal como lo exige la parte final del numeral 26 del RIT.

Al descartar que la conducta alegada este catalogada como falta grave por las partes en el RIT, y atendiendo a que no se enrostra en modo alguno la configuración de alguna falta grave establecida en el contrato de trabajo, el cual ni siquiera se allegó al cartulario, acota la Sala que el estudio de la gravedad de la justa causa corresponde al juzgador, tal como lo hizo la a quo, máxime que, a pesar de la incongruencia normativa de la carta de terminación, refiere en la parte final que *"incurrió en una grave falta disciplinaria, conforme a lo previsto en el numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965"*, es decir, en realidad la gravedad de la justa causa corresponde calificarla al juez, y así lo ha considerado la Sala de Casación Laboral, de la Corte Suprema de Justicia,

entre otras sentencias la SL21786-2017, que reiteró la de radicado No 39518 del 14 de agosto de 2012, última esta que memoró la del 18 de septiembre de 1973, en el sentido de que el numeral 6 del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965 contiene dos situaciones diferentes, la primera que la calificación de la gravedad de la falta le corresponde al juez cuando se esgrime la violación grave de las obligaciones y prohibiciones, y la segunda, que la gravedad de la falta está contemplada en los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo, situación final que se descartó como se dilucido precedentemente.

Igualmente, de la misma providencia referida, se propala la sentencia del 7 de julio de 1958, el extinto Tribunal Supremo de Trabajo, el cual, sirve para resolver el caso aquí puesto a la palestra y en lo que interesa se razonó:

*"La conexidad entre el hecho grave y los perjuicios no puede erigirse en predicado universal. Lo que es grave no siempre produce perjuicios, y en cambio lo que es leve o insignificante a veces puede producirlos. La gravedad - cuyo neto sentido etimológico es peso - y que resulta de tan difícil medida para el juzgador, suele ser, como en el caso del acuerdo 8º del art. 62 del C.S. del T., el énfasis y encarecimiento con el cual el legislador ha querido rodear los hechos generadores de efectos jurídicos: la mala conducta del trabajador como causante de la terminación del contrato, etc., sin que ello necesariamente envuelva que tal hecho (mala conducta) haya producido perjuicios al patrono. **Quiere la ley que circunstancias baladíes no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra.** Y por ello ha ocurrido a la calificación de graves, sin atender a los efectos dañosos que hayan producido. Pero en la apreciación de la gravedad o levedad es natural que deje un amplio margen el juzgador; a este respecto, lo que objetivamente puede dejar de ser grave, subjetivamente puede llegar a serlo, y viceversa. En casos como los referentes a las obligaciones y prohibiciones especiales del trabajador a que aluden los arts. 58 y 60 del C. S. del T., y su violación grave, expresada así por el ord. 8º del art. 62 ibídem, **el juzgador califica, con plena libertad, pero mediante el justiprecio de las circunstancias concurrentes, la gravedad de los hechos.**" (GJ. LXXXVIII, números. 2199, 2200, 2a parte, página 819).*

En ese contexto, se tiene que la conducta generatriz de la justa causa es el haber informado sin autorización el 22 de abril de 2020 a representantes del Banco de la República, que algunos trabajadores de Brinks de Colombia se encontraban fuera de la operación por contagio de COVID -19, para lo cual se inició un proceso disciplinario (Fols. 53 a 55 archivo No 01), en la que se realizó una diligencia de descargos (Fol. 57 a 62 archivo No 01), el día 28 de mayo de 2020, y en tal diligencia constata la Sala que el actor negó rotundamente haber cometido la conducta endilgada, y ello se puede extraer de las preguntas 21 y 27, en los siguientes términos:

"21. CONSTANCIA: En este punto de la diligencia, se le pone de presente el expediente al trabajador con el material trasladado en la citación de descargos y copia del correo en el cual el Banco de la República da aviso formal de su conducta en lo referente a entregar información de manera no autorizada el pasado 22 de abril de 2020 respecto que algunos trabajadores de Brinks de Colombia se encontraban fuera de la operación por contagio de COVID 19 – por

tener información confidencial se trasladan durante la diligencia de descargos, para que se pronuncie frente al material probatorio trasladado, sírvase pronunciarse sobre el mismo?

CONTESTADO: este informe que envía el señor Caicedo Navas Andrés, el señor dice que en horas de la tarde y yo en las horas de la tarde salimos sobre la 1 pm y a esa hora uno no tiene contacto con nadie del banco de la república solo con una niña de seguridad que hay allá, que yo haya ido a involucrar a mis compañeros es falso empezando que yo llegue de vacaciones y no sabía si habían afectados de COVID 19 en esta compañía. (...)

27. PREGUNTADO: ¿Cómo explica usted que los miembros del BANCO DE LA REPÚBLICA tengan certeza de esa información y de los nombres expuestos en el correo trasladado y evidenciado por usted? CONTESTADO: no tengo idea."

Ahora, en efecto se allega al proceso el correo electrónico que envió el Banco de la República a Brinks de Colombia el 23 de abril de 2020, en la que el Subdirector de Seguridad del referido Banco, le comunica que: *"el día de ayer en horas de la tarde fuimos informados por parte del señor Ricardo Fernández, Jefe de Tripulación de la Transportadora de Valores Brinks, información no oficial; que los señores Oscar Méndez Bohórquez con c.c. 80.027.347- Jefe de Tripulación; Carlos Ignacio Palacio con c.c. 11.706.019 – Escolta y Luis Francisco Franco con c.c. 11.706.019 – Conductor, se encontraban fuera de la operación por contagio de Covid 19. Lo anterior, en razón de la sensibilidad de la información y de esta manera tomar las acciones que correspondan de los colaboradores del Banco que han participado en desarrollo de las diferentes operaciones. Es importante conocer con carácter urgente, cuál es la situación médica y diagnóstico actual de los señores en referencia por el tema que nos ocupa. De igual manera y desde el punto de vista médico, quisiéramos conocer si los demás emisarios cuentan con resultados médicos en este sentido".*

De lo últimamente expuesto, considera la Sala que razón le asiste a la cognoscente de instancia en considerar que la entidad demandada no logra acreditar con suficiencia que el actor haya cometido la conducta reprochada, pues solo se cuenta con el correo electrónico que le envió el Subdirector de Seguridad del Banco de la República, en el que si bien se enuncia al aquí demandante como la persona que "comunicó" información "no oficial", no se tiene detalles ni certeza de que en efecto haya sido el aquí demandante, ello en razón a que el correo no menciona a través de que funcionario obtuvo tal información, quedando en simples conjeturas el hecho de que el actor en la diligencia de descargos haya dicho que tuvo contacto con una persona de seguridad del Banco, máxime cuando a renglón seguido manifestó que lo fue para temas "netamente laboral", lo que implicaba que la empresa demandada debía auscultar con el Banco de la República la trazabilidad de la información que ahora se le reprocha al actor.

Ahora, aduce la censura que debe dársele total credibilidad a lo informado por el Banco de la República, ya que se trata de uno de los clientes de la demandada y que no darle credibilidad sería tanto como decirle al cliente que tiene mayor valor el dicho del trabajador incumplido, aspecto que considera la Sala no puede conllevar a la certeza de que el actor haya realizado la conducta que se le reaccrimina, pues no se trata de establecer a quien se le da la razón, es decir, si al Banco de la República o al demandante, sino que resulta insuficiente el contenido del correo electrónico para deducir con certeza que el actor haya suministrado información sobre sus compañeros de trabajo en relación con su estado de salud o contagio por Covid 19, más cuando llama poderosamente la atención de la Sala el hecho de que en el correo electrónico se

enuncie el nombre completo con identificación de los tres compañeros que supuestamente el actor manifestó estaban contagiados por Covid 19, es decir, deja dudas de que el actor haya manifestado con detalle el nombre completo de sus compañeros incluido la identificación.

De otro lado, no se tiene ningún informe adicional o reporte del Banco de la República que pueda constatar que en efecto el contacto que tuvo el actor con la persona de seguridad del Banco no fue para temas laborales, sino para informarle sin autorización respecto del estado de salud de sus tres compañeros, quedando en una mera suposición las inferencias que hace la demandada, incluido el tema de la hora en que supuestamente se dio tal información, ya que el hecho de aceptar que el actor salió del Banco a la 1 PM, no significa que se corrobore lo mencionado en el correo de que el actor habló con alguien de seguridad sobre sus tres compañeros en horas de la tarde, pues para el tema sustancial de la presunta falta no interesa la hora en que se haya realizado, sino que se tenga certeza de que en efecto aconteció, el cual, se itera, resulta insuficiente con el contenido del correo electrónico que envió el Banco de la República a la entidad demandada.

Igualmente, se trajo al juicio la versión de dos testimonios, Andrea Pava González y Julián Rodrigo Millán Enciso, quienes laboran en cargos del nivel directivo en la sociedad demandada, en la que dieron cuenta solo del aspecto formal de la queja presentada por el Banco y el proceso disciplinario adelantado, reafirmando sus dichos en el contenido del correo electrónico enviado por el Banco de la República, pero nada les consta sobre circunstancias de tiempo, modo y lugar respecto de la conducta antilaboral que se le esta endilgando al demandante, aunado a que la empresa ni siquiera trajo a rendir versión a los compañeros de trabajo que estuvieron con el actor en el Banco de la República el día 22 de abril de 2020, quienes de una u otra manera podrían confirmar si el actor habló con alguna persona de seguridad del Banco y quien era, cuanto duró la conversación y si en efecto pudieron haber percibido o escuchado la conversación, pero nada de eso se allegó al proceso, quedando huérfano de prueba por parte de la entidad demandada respecto a la comprobación de la falta que le achaca al actor.

Del mismo modo, se hace referencia en la carta de despido al Código de Ética, el cual, si bien el actor manifestó conocerlo en la diligencia de descargos, no se allegó al cartulario, por lo que no hace parte del acervo probatorio, y por ende, mal podría la Sala determinar su incumplimiento, máxime que como quedó ampliamente esbozado, no se logra demostrar que el actor haya cometido la falta que se le imputa, esto es, haber suministrado información sobre el estado de salud de tres compañeros de trabajo ante el cliente Banco de la República.

Finalmente, frente a la carga de la prueba, le corresponde a la entidad demandada demostrar que la conducta generatriz de la justa causa ocurrió, y no al demandante, pues aquel manifestó en todo el trámite del proceso disciplinario y en el proceso judicial no haber manifestado nada respecto de sus tres compañeros de trabajo, lo que hacía que la entidad demandada hubiera auscultado más allá del correo electrónico enviado por el cliente, sí en efecto la conducta atribuida al trabajador aconteció y si la misma es de tal envergadura que dé lugar al finiquito del contrato, ya que como lo asienta la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la última sentencia extractada, "*Quiere la ley que **circunstancias baladíes** no se erijan por las partes contratantes en causales eximentes de cumplir el contrato, ni que puedan usarse por una de ellas en su exclusiva conveniencia y como instrumentos lesivos de los intereses de la otra*".

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 adoctrinado 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 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

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.

su decisión en que para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo (05 de junio 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. 261 a 261 archivo No 01); sin que la entidad encartada en el recurso de alzada presente inconformidad al respecto, de hecho, el representante legal manifestó que está pendiente de decisión en la Corte Suprema de Justicia, 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).

(iii) Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Brinks de Colombia actuó de manera discriminatoria frente al trabajador al momento de terminar la relación laboral, la Sala decisión debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que no puede acudir a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 05 de junio del 2020.

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

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

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

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

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

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

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

Descendiendo al *sub judice*, se revisó si al 05 de junio de 2020, fecha de la terminación del contrato laboral, efectivamente el demandante se encontraba o no en un estado de debilidad manifiesta suficiente para configurar el fuero de salud, advirtiéndose que su última valoración médica antes de la terminación del contrato data del 26 de mayo de 2020 expedido por la EPS SURA S.A (Fol. 85 archivo No 01) en la que no se detalla ninguna restricción, detallando solo las siguientes recomendaciones: *"Durante 2 semanas se recomienda Manténgase activo, recuerde que el reposo empeora el dolor lumbar Puede levantar y transportar pesos inferiores a 10 kg, cargando los objetos siempre por encima del nivel de la rodilla y por debajo del nivel del hombro. Cuando tenga que agacharse hágalo doblando las rodillas y con la espalda recta. No manipule herramientas ni conduzca vehículos que generen vibración o requieran de la aplicación de golpe para su funcionamiento. Duerma de medio lado sobre un colchón firme y con una almohada entre las piernas evitando leer o ver TV acostado. Adopte hábitos saludables como complemento a su proceso de rehabilitación que incluya alimentación saludable y actividad física como caminar, nadar y rutinas de relajación. Mantenga su peso en límites normales. Estas recomendaciones son de carácter funcional para su vida personal. Informe de estas a su empleador para que, por medio del médico ocupacional de la empresa, se defina la necesidad de realizar ajustes a las tareas o al cargo"*, recomendaciones que fueron acatadas por Brinks de Colombia S.A. el 28 de mayo de 2020 (Fol. 74), en los siguientes términos: *"me permito comunicarle que en acatamiento a lo establecido en la Ley 776 de 2002 (...) y de acuerdo con los*

requerimientos y características de los cargos de la compañía, el informamos que usted realizará temporalmente y durante 2 semanas FUNCIONES COMO ESCOLTA, en los horarios asignados por la operación”, sin que obre prueba alguna de que para la fecha de la terminación del contrato estuviere incapacitado o que el diagnóstico M544 – LUMBAGO CON CIÁTICA que generó las recomendaciones sea de tal magnitud que haya generado incapacidades, pues lo que se observa es que se dieron unas recomendaciones, que fueron cumplidas por el empleador, lo que de contera permita deducir que su estado de salud o padecimientos no son de tal trascendencia para colocarlo en estado de debilidad manifiesta a la luz de los postulados de la Corte Constitucional.

Ahora, de las recomendaciones medidas se observa que no están ceñidas a lo estrictamente laboral, de hecho, en la consulta médica ante SURA EPS (Fol. 79) se establece que el diagnóstico es reportado como enfermedad general, y por ello, las recomendaciones *“son de carácter funcional para su vida personal”*, tan es así, que en consulta del 11 de junio de 2020 (Fol. 88), posterior a la fecha de retiro, se hacen recomendaciones médicas y se menciona que *“desempeño muscular, postura y control postural que no lo limita para la realización de sus ABVD y no le restringe su participación en el rol social o actividad física”*, es decir, que si bien se trata de un diagnóstico que afecta su estado de salud, no es de tal magnitud que lleven a colocarlo en situación de estabilidad laboral ocupacional reforzada, o en una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, tal como lo exige el criterio adoptado por la Corte Constitucional, pues se tratan de recomendaciones *“para su vida personal”*, y que no limitan incluso sus ABVD (actividades básicas de la vida diaria).

Por lo anterior, si bien esta Sala de Decisión, acoge la postura de la Corte Constitucional en el sentido que para efecto de la estabilidad laboral reforzada por salud, no se requiere de calificación de pérdida de capacidad laboral, lo cierto es que, contrario a lo sostenido por el apoderado del demandante, se requiere que el trabajador se encuentre en un estado de debilidad manifiesta, esto es, que la afectación en su salud le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones normales, situación que no se logra acreditar por el demandante, pues de conformidad con la prueba documental adosada al legajo no lo colocan en la protección constitucional pretendida, además que para la fecha en que se presentó la terminación del contrato de trabajo no se encontraba en incapacidad, o pendiente de algún tratamiento médico, incluso la finalización del contrato estuvo motivada en una conducta que según el empleador cometió el demandante el 22 de abril de 2020, el cual, en nada tiene que ver el estado de salud del actor, ya que como se dijo, la entidad cumplió con las recomendaciones médicas del diagnóstico que presenta el actor, mismo que no es de tal entidad para colocarlo en estado de debilidad manifiesta.

Cumple precisar que el criterio de la Corte Constitucional versa a que para su procedencia se requiere que exista o se demuestre que antes de finalizar el contrato haya una afectación en su salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, siendo procedente su protección a través de la ineficacia de la terminación y su reintegro, pues no puede olvidarse que la finalidad de la protección es salvaguardar derechos fundamentales, y por ende, dar continuidad a la relación laboral para que pueda seguir con tratamiento médicos, o no quede al vaivén de las circunstancias su estado de salud, situación que no acontece en el sub judice, pues se repite, de diagnóstico, y de su historia clínica (Fol. 78 a 90) no brota palmario que su estado de salud se hubiere afectado sustancialmente, y por ende, no configuran la protección reforzada que exige la Corte Constitucional.

Por las anteriores razones no queda otro camino que despachar de manera desfavorable la censura de la parte demandante, y de contera absolver de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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

Sin costas en esta instancia, ya que ambas partes fueron recurrentes, sin que prospere el recurso de alzada propuesto. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

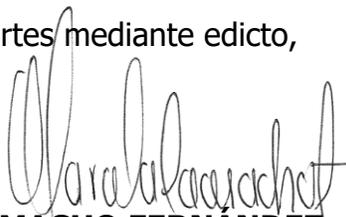
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 06 de mayo del 2022, por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las razones vertidas en esta providencia.

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

(Salva voto)



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Magistrado

(Aclara voto)



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: *ORDINARIO LABORAL*
DEMANDANTE: *DARÍO DEFRANCISCO ESTRADA*
DEMANDADO: *COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A.*
RADICACIÓN: *110013105-027-2020-00036-01*
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. MICHAEL CORTAZAR CAMELO, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. Demanda. DARÍO DEFRANCISCO ESTRADA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante del RPMPD al RAIS; que en consecuencia de lo anterior se ordene a la AFP PORVENIR S.A. a retornar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, rendimientos financieros, con todos sus frutos e intereses; que se ordene a Colpensiones a recibir al demandante en el RPMPD y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas a lo que resulte acreditado ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 02 de septiembre de 1961; que desde el 01 de abril de 1985 estuvo afiliado al ISS, hasta agosto de 1996; que en el mes de junio de 1996 se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A.; que la AFP del RAIS no le brindó la asesoría suficiente, completa y necesaria para trasladarse de régimen pensional; que en el mes de junio del 2000, se trasladó a PORVENIR S.A.; que la pensión de vejez en el RAIS ascendería a \$828.116 a los 62 años, mientras que en el régimen de prima media con prestación definida correspondería a \$1.776.964; que el 18 de noviembre de 2019 presentó a COLPENSIONES solicitud de nulidad de traslado, siendo negada a través de oficio del 09 de diciembre de 2019; que el 21 de noviembre de 2019 se presentó ante PORVENIR S.A. solicitud de traslado de régimen, pero fue atendido de manera desfavorable el 25 de noviembre de 2019. (fol. 2 a 31 archivo No 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 105); 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 dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrir en error o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento; que no se evidencia nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte del actor; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 100 de 1993; que se debe tener en cuenta el artículo 48 de la Constitución. Propuso como excepciones 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, finalmente la innominada o genérica. (fol. 161 a 202)

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el acto de traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que el formulario se suscribió de forma libre y espontánea; que dicho acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato; que la forma en la que hoy se liquide la pensión de vejez en el RAIS no hace nula la afiliación; que un acto es nulo por vicios en el consentimiento y no por la favorabilidad económica de un acto jurídico; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y finalmente la innominada o genérica.(fol. 110 a 136).

3.3 AFP PORVENIR S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando para tal efecto que el demandante no se encuentra vinculado con la AFP Porvenir S.A. toda vez que dicha vinculación fue anulada; que como consecuencia de la anulación los aportes fueron trasladados a la AFP Protección S.A; que al demandante le es aplicable la prohibición legal contenida en el artículo 13 de la ley 100 de 1993; que en caso de ser procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado no es procedente el traslado por el concepto de gastos de administración puesto que Colpensiones estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (fol. 269 a 296).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de marzo de 2022, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS y sus posteriores traslados entre administradoras; condenó a PROTECCIÓN S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante 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; condenó a Colpensiones a tener como válidamente afiliado al demandante al RPMPD como si

nunca se hubiese trasladado y a recibir las cotizaciones provenientes de las administradoras del RAIS; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó a la AFP Protección 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 al demandante; que no obra prueba alguna que acredite que se le hayan informado 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 al momento de la afiliación; que el formulario de afiliación no puede tomarse como prueba del consentimiento informado; que el traslado de la AFP Protección S.A a la AFP Porvenir S.A fue anulado, por lo que la AFP Porvenir S.A no tiene injerencia dentro del proceso; que la AFP Protección 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 las siguientes partes procesales.

5.1 DEMANDANTE Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a la absolución de la condena en costas de Colpensiones; que los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso, así como el 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social establecen que las costas deben ser reconocidas y pagadas por la parte vencida en juicio; que Colpensiones desde la contestación de la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones; que Colpensiones fue una de las partes que perdió el trámite judicial.

5.2 COLPENSIONES Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia proferida por el a quo señalando para tal efecto que la sentencia se abordó no desde la nulidad sino desde la ineficacia, siendo esto una modificación en el tipo de acción que fue saneado por la juzgadora de primera instancia; que se deben tener en cuenta las sentencias SL 33083 del 2011, SL 22136 del 2014, SL 14447 del 2017, SL 1452 del año 2019, SL 1421 del 2019 y SL 1467 del año 2021 en lo que respecta a la fijación del litigio; que es inadecuada la inversión de la carga de la prueba establecida en la sentencia; que no se tuvo en cuenta por la juzgadora lo vertido en el interrogatorio de parte practicado por el apoderado de Colpensiones; que la apelación del apoderado del demandante en la cual se solicita la condena en costas a Colpensiones es contraria al deber legal de Colpensiones.

5.3 AFP PROTECCIÓN Dentro de la oportunidad procesal pertinente interpuso recurso de apelación de manera parcial frente a trasladar a Colpensiones los descuentos realizados por gastos de administración y seguros provisionales, señalando que estos descuentos son legales y vigentes; que se realizan en ambos regímenes pensionales en los mismos porcentajes; que estos descuentos se encuentran

sustentados en los rendimientos generados por la cuenta de ahorro individual del demandante; que dichos descuentos se encuentran en cuentas distintas a aquellas destinadas para la financiación de la mesada pensional; que estos descuentos no afectan la mesada pensional; que en los términos de la presente condena Colpensiones estaría incurriendo en un enriquecimiento sin justa causa al recibir los dineros de una gestión que no llevó a cabo; que frente a los descuentos por concepto de gastos de administración opera el fenómeno de la prescripción.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales 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.

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 al demandante al momento del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la Sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios:** (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de la afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La

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

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora DARÍO DEFRANCISCO ESTRADA se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 11 de abril de 1985, con cotizaciones hasta el 30 de agosto de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 55 a 59) que el 23 de mayo de 1996 se trasladó a COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A., con efectividad a partir del 01 de agosto del 2000 (fol. 142 y 144); que aparece reportado en el SIAFP que el 16 de mayo de 2009 se trasladó a la AFP Porvenir S.A. pero dicha afiliación se anuló (fol. 354); que Porvenir S.A trasladó los aportes a Protección S.A. tras la anulación de la afiliación (fol. 355) , entidad donde se encuentran actualmente. (fol. 356)

Carga probatoria y deber de información

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 1897-2019, ha considerado que son las entidades de seguridad social las que deben garantizar, en caso de estar frente a un traslado de régimen pensional, que existió una decisión informada, que fue verdaderamente autónoma, consciente y objetivamente

verificable, en el entendido de que los afiliados puedan conocer los **riesgos** que ello implica, así como los beneficios que le reportaría.

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar 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 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.

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 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 el actor 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".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó

incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por el accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

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

Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos

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

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

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

(...)

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PROTECCIÓN S.A., con destino a COLPENSIONES. Precizando que sobre PORVENIR S.A. no hay lugar a extender la condena, ya que su afiliación fue anulada tal como aparece reportado a folio 354 y 355, devolviendo los aportes a la entidad donde se encontraba válidamente afiliado el actor, esto es a PROTECCIÓN S.A.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, 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 confirmarse la sentencia en este ítem.

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

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

Excepción de prescripción

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

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. De las de primera instancia deberán modificarse, ya que en efecto Colpensiones funge como entidad demandada y resulto ser parte vencida en el proceso, de conformidad con lo establecido en el numeral 1° del artículo 365 del CGP, además que realizó férrea oposición a las pretensiones de la demanda. Tasense.

DECISIÓN

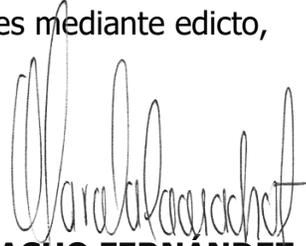
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se deben modificar, imponiendo costas a cargo de COLPENSIONES.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



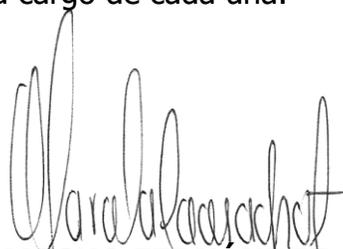
ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

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, PROTECCIÓN S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000. a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARÍA IVONNE GUERRERO GAMBA
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A
RADICACIÓN: 110013105-037-2020-00267-01.
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
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,

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARÍA IVONNE GUERRERO GAMBA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. con el fin de que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada a la AFP COLFONDOS S.A.; que se declare que la única afiliación válida es la efectuada al ISS, hoy COLPENSIONES, en consecuencia, se ordene a COLFONDOS S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se condene a lo extra y ultra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 24 de enero de 1969; que inició su vida laboral cotizando en el ISS el 27 de abril de 1994 por medio de su empleador Liceo Panamericano; que en el mes de septiembre de 1994 se trasladó a COLFONDOS S.A.; que la AFP no le brindó la asesoría veraz y acorde con la situación de la demandante; que el 26 de febrero de 2020 radicó reclamación administrativa de solicitud de traslado de sus aportes ante Colpensiones, sin embargo, el 27 de febrero de 2020 le fue negada su solicitud; que el 17 de junio de 2020 solicitó a Colpensiones la realización de comité múltiple vinculación, dicha solicitud fue negada el 25 de junio de 2020. (pág. 1 a 38) (ED 001).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág. 1 a 2 archivo No 05); 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 de la demanda señalando que el acto jurídico del traslado entre regímenes legales se cumplió con el lleno de los requisitos exigidos, por lo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que la afiliación se realizó con plena voluntad a través del formulario suscrito y se vio ratificada con los más de 20 años que ha cotizado; que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 de 2003. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, el error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la innominada o genérica. (Pág. 29 a 42 archivo No 11).

3.2 COLFONDOS S.A. Contestó la demanda con oposición a todas las pretensiones señalando que el acto jurídico del traslado entre regímenes legales se cumplió con el lleno de los requisitos exigidos; sí brindó la asesoría de manera integral y completa a la demandante respecto de las implicaciones del traslado del RPMPD al RAIS; que el formulario de afiliación fue suscrito por la demandante con su puño y letra, con consentimiento libre y expreso; que el acto de traslado es válido y fue ratificado por la demandante con su vinculación formal al RAIS hace más de 20 años; que no manifestó dentro del plazo legal establecido inconformidades respecto del RAIS o su deseo de volver al RPMPD. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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 COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (Pág. 5 a 17 archivo No 08).

4. Fallo de Primera Instancia.

Terminó la instancia con sentencia del 22 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; condenó a la AFP Colfondos S.A a trasladar a Colpensiones todos los valores contenidos en la cuenta de ahorro individual, junto con los rendimientos financieros, así como los gastos de administración; ordenó a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Finalmente, condenó en costas a la demandada Colfondos S.A por un S.M.M.L.V.

La decisión del Juez tuvo sustento en la ley 100 de 1993, el Decreto 720 de 1994 y las sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019 y SL 361 de 2019, señalando que el cumplimiento del deber de información genera el consentimiento libre e informado; que el formulario de afiliación no es prueba suficiente para colegir que el deber de información a cargo de la AFP fue satisfecho en debida forma; que los presupuestos predicables respecto del deber de información son para todos los afiliados, independiente de si es o no beneficiaria del régimen de transición; que respecto del acto jurídico del traslado sólo se tiene la fecha en que se efectuó el mismo, esto es, el mes de septiembre de 1994; que la AFP Colfondos S.A omitió dar entrega del formulario de suscripción de la afiliación, por lo cual no es posible hacer un estudio formal del mismo; que la demandante admitió la realización del traslado pero aclaró que la asesoría recibida fue una charla en la cual se le informó sobre la innovación pensional que era el RAIS y la posible liquidación del ISS; en la declaración de parte, la demandante aclaró que no se le brindó información suficiente sobre las características del RAIS; que no tenía conocimiento de los requisitos para pensionarse en el RPMPD ni le fue brindada explicación al respecto en dicha asesoría; que si bien se infiere el hecho de la suscripción del formulario de afiliación a la AFP Colfondos S.A, esto no hace que resulte acreditado el deber de información, puesto que de lo declarado por la demandante no se puede colegir que se le haya brindado la información mínima para entender superado dicho deber; que la carga de probar el cumplimiento del deber de información está en cabeza de las AFP; que la omisión del deber de información no se resarce por el transcurso del tiempo de la afiliación.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, quien solicitó que se revoque en su integridad la sentencia proferida, por cuanto que el deber de información de las AFP, si bien surge a partir de la expedición de la ley 100 de 1993, este deber se intensificó con posterioridad,

específicamente con la expedición de la Ley 1328 de 2009; que no es dable requerir las mismas formalidades en la asesoría que ahora se exigen con la que debía realizarse en el año 1994; que la demandante también tenía el deber de verificar la información brindada por la AFP a través de cualquiera de los canales de divulgación; que es relevante tener en cuenta la prohibición legal contenida en el literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993; que la actora realizó la reclamación administrativa el 27 de febrero de 2020, cuando ya se encontraba dentro del término de la prohibición legal; que la demandante manifiesta que la falta de información recae en que no se le informaron las ventajas y desventajas de los regímenes pensionales; sin embargo, las características, condiciones y modalidades de los regímenes pensionales consolidados en la ley 100 de 1993 son de alcance nacional y están en conocimiento de todos los ciudadanos desde su promulgación; que no le es dable excusarse en el desconocimiento de dicha ley; que la inconformidad de la demandante sólo gira en torno al monto de lo que sería su mesada pensional; que dicha situación se encuentra claramente definida en la ley 100 de 1993 y no obedece a la arbitrariedad de las AFP, situación que no amerita declarar la ineficacia del traslado; que se debe tener en cuenta el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional; que el eventual reconocimiento de pensión de la demandante impone un carga que deben soportar los demás afiliados al RPMPD; que la demandante no ha construido un derecho pensional en el RPMPD puesto que lleva más de 20 años cotizando al RAIS.

7. Alegatos de conclusión:

7.1 Colpensiones. Solicita que se revoque la sentencia de primer grado y se absuelva de todas y cada una de las pretensiones a Colpensiones; que la demandante se encuentra en la prohibición legal de traslado; que el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema; que no se demuestra ningún vicio del consentimiento; que se encuentra válidamente afiliada al RAIS.

7.2 Demandante. Peticiona que se debe confirmar la decisión del a quo, dado que no se demostró por la AFP el suministro de la información 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 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) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que si bien es cierto, se solicitó la nulidad del traslado de régimen por falta de información al momento en que la demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARÍA IVONNE GUERRERO GAMBA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 27 de abril de 1994, con cotizaciones hasta el 1 de diciembre de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (Fol. 18) y que se trasladó a la AFP Colfondos S.A. a partir del mes de octubre de 1994 donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 19 a 23).

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la demandante de manera

Íntegra a COLPENSIONES, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y comisiones los cuales deberá asumir la AFP PRIVADA de sus propias utilidades, pues, al dejarse sin valor y efecto la afiliación, esta declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al régimen, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

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

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, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora parte de COLFONDOS S.A., con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de 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 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

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 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,

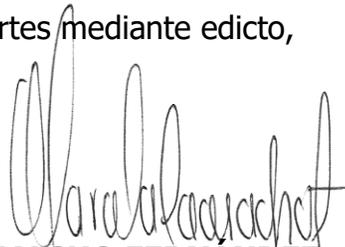
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 22 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS S.A (durante el tiempo de permanencia en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima 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 en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. 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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARTHA PATRICIA RODRÍGUEZ PERDOMO
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-026-2021-00042-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA DE 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. MARTHA PATRICIA RODRÍGUEZ PERDOMO instauró demanda ordinaria laboral contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A., con el fin de que, se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, y en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisión; que se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, lo ultra y extra petita, y se condene al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, la accionante señaló que inició sus aportes al ISS, hoy COLPENSIONES desde el 6 de noviembre de 1987; que cotizó con el ISS hasta el mes de agosto de 1995; que en el año de 1995 se trasladó a PORVENIR S.A; que la AFP PORVENIR S.A. no le suministró la información necesaria e integral para tomar una decisión libre e informada. (*folios 1 a 64 Expediente Digital*)

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

3. CONTESTACIONES.

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, señalando que sí se le brindó una información clara por parte del

promotor o asesor comercial de la AFP PORVENIR S.A.; que el traslado de régimen efectuado por la demandante en el año 1995 no carece de los elementos necesarios exigidos por la ley, en razón a que la parte demandante no probó causal alguna que la afiliación ante la AFP PORVENIR S.A. es nula; que no se demostró una ilegalidad sobre el traslado en el presente asunto; que el contrato firmado por las partes cumple con todos los presupuestos y requisitos legales para su existencia y validez jurídica; que la afiliación efectuada ante el fondo privado tiene plena validez, producto del ejercicio de su derecho a la libre escogencia de régimen pensional; que en la actualidad la AFP PORVENIR S.A. ha efectuado todas las actuaciones tendientes al manejo y administración de los aportes realizado por la demandante; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad en este caso con la AFP PORVENIR S.A. Como excepciones de fondo propuso las que denominó prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, y presunción de legalidad de los actos administrativos. *(folios. 3 a 18 archivo No 10)*

3.2. PORVENIR S.A. Mediante auto del 15 de julio de 2021, se tuvo por no contestada la demanda por parte de PORVENIR S.A. *(folios. 1 a 2 archivo No 13)*

4. Fallo de Primera Instancia.

Terminó la instancia con sentencia del 9 de marzo de 2022, en la que la falladora de primera instancia, declaró ineficaz el traslado efectuado por el demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad; condenó al PORVENIR S.A. a transferir a COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas; y condenó en costas a PORVENIR S.A.

El a quo fundamentó su decisión basado en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia SL-12136 del 3 de septiembre de 2014, en virtud de la cual, según lo previsto en los artículos 13, literal b) y 271 de la ley 100 de 1993, en ese tipo de casos, lo que debe analizarse es sí el acto jurídico resulta eficaz. Por lo tanto, debe verificarse si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado del régimen.

En ese sentido, consideró que no podría argüirse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica en el formulario de afiliación.

En conclusión, la a quo consideró que PORVENIR S.A. no logró demostrar que haya informado a la actora de manera clara y detallada a la demandante los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco le presentó proyección pensional, aspectos sobre la rentabilidad, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la

devolución por parte de PORVENIR S.A. de los aportes realizados por la demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1. PORVENIR S.A.: Presenta recurso de alzada solicitando que se revoque la decisión de instancia, ya que se aplica indebidamente el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, en la medida en que tal disposición hace referencia a la actuación de impedir o atentar contra la afiliación del trabajador, y no quedó probado que PORVENIR S.A. hubiera querido impedir o atentar contra la afiliación de la actora en el año 1996; que si bien la Corte ha generado una inversión en la carga de la prueba, sin embargo, el artículo 167 del Código General del proceso indica que incumbe a las partes probar el supuesto de ellos, que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen, en este caso, la parte demandante en ningún momento probó el supuesto engaño que pretende hacer valer con la afiliación de mi representada en el año 1996; que a pesar de que PORVENIR S.A. absorbe a COLPATRIA y a HORIZONTE, debe tenerse en cuenta que fueron traslados horizontales, y los cuales no se tuvieron en cuenta en la sentencia; que debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento; que para el momento del traslado la información se suministraba de manera verbal, siendo imposible traer al asesor de la época; que no existe un documento adicional al formulario de vinculación; que la demandante se encuentra inmersa dentro de la prohibición legal que establece la Ley 797 del 2003; que no es procedente devolver los gastos de administración, ya que son dineros permitidos por la ley como contraprestación a la labor que hizo la AFP, además que de conformidad con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también se deducen en el régimen de prima media; que los gastos de administración no forman parte integral de la pensión vejez, por lo que son prescriptibles; que no cuenta con los gastos de administración que fueron deducidos por HORIZONTE; que el traslado de gastos de administración genera un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, quien en ningún momento realizó la administración; que conforme los conceptos de la Superintendencia Financiera, solo procede la devolución de los aportes y rendimiento, sin que proceda la devolución de la prima provisional de seguros, ni los gastos de administración.

5.2. COLPENSIONES: Petición que se revoque en su integridad las condenas impuestas, ya que el traslado hacia HORIZONTE para el año 1996, fue libre e informado, con la respectiva suscripción del formulario de vinculación; que el asesor o promotor de HORIZONTE brindó toda la información a la demandante; que se debe tener en cuenta el traslado horizontal de la demandante con COLPATRIA y HORIZONTE; que debe tenerse en cuenta lo dicho en el interrogatorio de parte en la que se desprende que recibió asesoría, y si bien indica no recordar, no significa que no se le haya brindado una asesoría y más aún cuando se encuentra la firma de la demandante, el cual, no fue tachado dentro del presente asunto; que la demandante sí tuvo información de las características propias de cada régimen; que la demandante nunca tuvo una inconformidad sobre la administración o la gestión realizada por el fondo privado; que debe tenerse en cuenta los actos de relacionamiento; que la demandante hizo una solicitud de pensión de invalidez ante el fondo privado, el cual

fue negada, lo que connota la voluntad de tener una pensión con el Fondo privado, constitutivo de un acto de relacionamiento.

6. Alegatos de conclusión

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales 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.

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 la actora se encuentra en la prohibición del traslado de régimen.

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 y PORVENIR S.A, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, 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) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que 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 MARTHA PATRICIA RODRÍGUEZ PERDOMO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 06 de noviembre de 1987, con cotizaciones hasta el 30 de julio de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (*folio 184 a 186 Expediente Digital*); que se trasladó a la AFP HORIZONTE, el 01 de junio de 1996, luego se pasó a COLPATRIA el 11 de junio de 1999, y posteriormente se afilió a PORVENIR S.A. el 1 de febrero de 2002 (*folio 293 Expediente Digital- certificado SIAFP*) (ZIP) donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

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

Aspecto que en efecto ha sido abordado 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 nada 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 aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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 actora se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió la AFP HORIZONTE SA, hoy PORVENIR S.A. en el año

1996, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible 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 01 de junio de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se reitera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la 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 que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

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, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES. Precisando que PORVENIR S.A. debe responder por las obligaciones de HORIZONTE y COLPATRIA, ya que tales entidades pasaron a cargo de PORVENIR S.A. a través de la figura de cesión por fusión.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de 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 el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES en lo que le resulte desfavorable y no fuere apelado, de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado jurisdiccional de consulta, como: *"un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de non reformatio in pejus"*, por tanto, se modificará la sentencia en este tópico.

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

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

Excepción de prescripción

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

consecuencia de la ineficacia del traslado y hacer parte de la cuenta individual de aportes del afiliado, la Sala considera que es igualmente imprescriptible.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado 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,

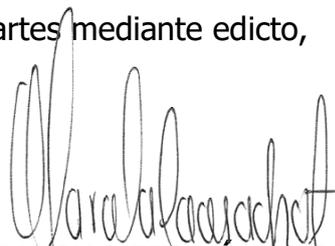
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 09 de marzo de 2022, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, 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, **los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima 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 en todo lo demás la sentencia, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado

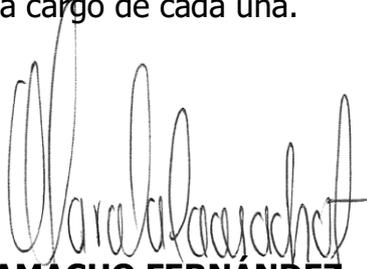


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: FABIOLA VELANDIA CARDOZO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-013-2019-00808-01
ASUNTO: APELACIÓN 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. FABIOLA VELANDIA CARDOZO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que, se declare la nulidad e ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS, y en consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de los aportes de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos financieros y los gastos de administración; que se ordene a COLPENSIONES a aceptar el traslado, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus cotizaciones con el ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 26 de junio de 1992 hasta noviembre de 2000; que en noviembre de 2000 se trasladó a PORVENIR S.A.; que la AFP PORVENIR S.A. no le suministró la información necesaria e integral para tomar una decisión libre e informada; que solicitó su traslado a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. el 2 de octubre de 2019, pero le fue negado. *(Folios 1 a 33 Expediente Digital)*

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág. 74 archivo No 01); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. CONTESTACIONES.

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones alegando que la declaratoria de ineficacia traería un eventual reconocimiento pensional a cargo de Colpensiones; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS a través de PORVENIR S.A.. Propuso como excepciones de fondo las de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. *(Folios 79 a 84 Expediente Digital)*

3.2 PORVENIR S.A. Como réplica a la demanda se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra alegando que la afiliación de la demandante con PORVENIR S.A. en el año 2000, se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños, después de haber sido amplia y oportunamente informada sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales; que al ordenar el traslado de los gastos, por concepto de administración a COLPENSIONES se configura en un enriquecimiento ilícito a favor de la demandada, en la medida en que o hay norma que disponga tal devolución. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (*Folios 128 a 163 Expediente Digital*)

4. FALLO DE PRIMERA INSTANCIA. Terminó la instancia con sentencia del 02 de marzo de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado realizado a la AFP Porvenir S.A.; condenó a Porvenir S.A., a devolver a COLPENSIONES, la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; condenó a COLPENSIONES a tener como afiliada a la actora, recibir los dineros referidos en el numeral anterior y actualizar la historia laboral del demandante; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a la demandada Porvenir S.A. como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.

La decisión del *a quo* estuvo orientada en determinar si se configuraba la ineficacia del traslado en las circunstancias probadas en el proceso; afirma que de acuerdo con el artículo 11 del Decreto 694 de 2011 y el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, la selección de régimen pensional debe ser libre y voluntaria, manifestada por escrito. De la misma manera el artículo 217 de la misma ley 100 de 1993 establece las sanciones consideradas para incumplimientos dentro del sistema. Aludió igualmente al Decreto 720 de 1994 y las sentencias SL 1452 de 2019, SL 1688 de 2019, SL 1689 de 2019 y SL 361 de 2019, entre otras, para indicar que, se impone en cabeza de los fondos privados de pensiones, el deber de información y asesoría pensional respecto de sus afiliados; que de acuerdo con el artículo 167 del Código General del Proceso, las negaciones indefinidas no requieren prueba, y por ello, los hechos afirmados por la demandante, respecto de la omisión del deber de información y asesoría pensional, no requieren prueba por la parte actora, sin que sea suficiente para este fin el formato de afiliación; que no se avizora confesión por la demandante en su interrogatorio de parte; que no es procedente estudiar la pretensión de ineficacia del traslado en relación con el límite temporal de 10 años anteriores a cumplir la edad pensional, de acuerdo con la sentencia SL-4609 de 2021; que la acción de ineficacia de traslado no es susceptible de prescripción por su naturaleza meramente declarativa, por lo que dicha acción y el derecho de reivindicar un derecho pensional son imprescriptibles.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **PORVENIR S.A.**, quien solicitó se revoque la decisión de primera instancia, ya que se afectan principios fundamentales del derecho como lo son la confianza legítima y la sostenibilidad financiera del sistema pensional; que se están desconociendo los efectos del formulario de afiliación,, el cual fue suscrito de manera libre y voluntaria, además que cumple con los criterios legales del Decreto 692 del año 1994, no fue tachado de falso por la parte actora y no se hizo uso del derechos de retracto; que no se corroboró la información brindada ante el Instituto de Seguros Social por parte de la actora; que la diferencia en el monto pensional no puede servir de base para declarar la ineficacia del traslado; que la actora se encuentra en la prohibición legal contenida en la ley 797 del 2003, literal e) del artículo 2; que se está afectando su sostenibilidad financiera del sistema pensional en la medida en que ha estado por más de 20 años afiliada al régimen de ahorro individual, sin presentar inconformidad; que para los consumidores

financieros también obran una serie de obligaciones, tal y como lo indica el Decreto 2555 del año 2010, en lo relativo a verificar, leer y revisar las condiciones y términos de los formatos de afiliación que se suscriban; que para la fecha del traslado no era obligatorio dejar de manera documentada la asesoría brindada, ya que se agotaba de manera verbal; que no hay lugar a la devolución de gastos de administración en la medida que, se ha generado una debida administración de los recursos, además de contrataciones con terceros de buena fe; que de conformidad con el concepto de la Superintendencia del 17 de enero del año 2020, los únicos valores a retornar son los concernientes a rendimientos y aportes en caso de otorgarse una ineficacia de traslado; que la devolución de gastos de administración genera un enriquecimiento sin justa causa para COLPENSIONES, concepto que es susceptible de la aplicación de la figura de prescripción.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 PORVENIR S.A.: Solicita que se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia, en la medida en que no se acreditó algún vicio en el consentimiento, ni se alegó mucho menos probó las causales 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.

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 la actora se encuentra en la prohibición legal para retornar a COLPENSIONES.

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 PORVENIR S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, 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 la accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (iv) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante? y (v) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

En el proceso en curso se encuentra demostrado que la señora FABIOLA VELANDIA CARDOZO, se afilió al entonces ISS, hoy COLPENSIONES, el 26 de junio de 1992 hasta el 31 de diciembre de 2000 tal como consta en la historia laboral (*folios 252 a 254 Expediente Digital*); que se trasladó a PORVENIR S.A. el 07 de noviembre de 2000, conforme el formulario de afiliación (*folio 213 Expediente Digital*), entidad donde se encuentra actualmente conforme la historia laboral de cotizaciones (*folios 249 a 245 Expediente Digital*).

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 2000- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

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

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

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

Aspecto que en efecto ha sido abordado 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 nada 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 aquella permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

En relación con el asunto que gira en torno a establecer si Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante, es necesario precisar, que al quedar sin efecto su afiliación al RAIS es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por la accionante a ésta a fin de que consoliden en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlos en

el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

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).

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, descuento para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora parte de PORVENIR S.A., con destino a COLPENSIONES.

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

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en 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 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, 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 02 de marzo de 2022, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A (durante el tiempo de permanencia de la accionante en la AFP), para que traslade a COLPENSIONES, si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, **los descuento para el fondo de garantía de pensión mínima** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada