



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CENELIA LOZANO LOAYZA
Demandada: INDUSTRIA SANTA CLARA S.A.S.
Radicación: 32-2020-00111-01
Tema: ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- GRADO
JURISDICCIONAL DE CONSULTA- REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Cenelia Lozano Loayza, instauró demanda ordinaria contra Industria Santa Clara S.A.S., con el propósito de que se ordene el reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido por encontrarse amparada por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y como consecuencia de ello, solicitó a su favor el pago de salarios dejados de percibir e indemnización prevista en la citada disposición. Como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare que fue despedida sin justa causa y, por ende, se condene a la enjuiciada a la indemnización establecida en el artículo 64 del CST; salarios dejados de percibir, cesantías y sus intereses, indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, dotaciones, lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró de manera personal e ininterrumpida mediante un contrato de trabajo a término fijo desde el 21 marzo de 2006 al 19 de febrero de 2019 a favor de la enjuiciada, desempeñando el cargo de auxiliar de empaque. Informó que después de un tiempo de ejercer su labor comenzó a sentir dolor, acudiendo a su EPS por medicina laboral, especializada que el 19 de noviembre de 2010 le diagnosticó bursitis de hombro derecho, epicondilitis medial y lateral bilateral, tendinitis de flexo extensores de mano y antebrazos bilateral y síndrome de manguito rotador.

Explicó que le realizaron varias sesiones de terapia física, sin embargo, nuevamente en consulta médica le ratificaron las citadas patologías, siendo remitida a medicina laboral, quienes solicitaron su historia clínica y laboral, certificado de fondo de pensiones y ARL, ello con el fin de realizar la evaluación del puesto de trabajo; análisis que efectivamente fue efectuado y entregado a las ARL Sura, Colmena y Axa Colpatria Seguros de Vida S.A. De otro lado, advirtió que su empleador le terminó el vínculo laboral de manera unilateral

y sin justa causa el 19 de febrero del año 2019. (Expediente digital, PDF 01. ORDINARIO 2020-111, pág. 224 a 228).

2. Contestación de demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada. Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1º y 2º, 10º y 12º y frente a los demás señaló no ser ciertos o constarles. En su defensa, argumentó que reconoce y acepta que la actora prestó sus servicios personales mediante contrato de trabajo hasta el 19 de febrero de 2019, relación que terminó conforme a derecho, es decir, mediante pago de una indemnización. Indicó que examinó su situación personal a fondo con el área de S.O. y llegó a la conclusión que no tenía ningún fuero especial que la colocara bajo protección constitucional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, compensación e inexistencia de la obligación. (Expediente digital, PDF 05. Contestacion Demanda, págs. 2 a 14).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 7 de octubre del 2021, en la que el fallador declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación y en consecuencia absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra; condenando en costas a la actora.

Para arribar a tal determinación se propuso verificar si la demandante al momento en que terminó su contrato de trabajo se encontraba amparada bajo el fuero de estabilidad laboral reforzada en atención a su situación de salud. Con tal propósito, afirmó que está debidamente acreditado que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, desde el 21 marzo de 2006 al 19 de febrero de 2019, devengando un salario mínimo legal mensual vigente, el cual terminó sin justa causa.

Así, luego de hacer alusión a lo dispuesto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al referente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y a las pruebas allegadas al plenario, de entrada dijo que no había lugar a la prosperidad de las pretensiones de la demanda, dado que, si bien se allegó como prueba documental el historial clínico de la actora, en el que se observaba que aquella presentó unas patologías que le generaron incapacidad laboral, no obstante, obraba calificación de pérdida de capacidad laboral por parte de Axa Colpatria Seguros de Vida, en la que determinó un 0.0% de pérdida de mengua laboral, sin que para tal efecto se arrimará el dictamen de Junta Nacional de Calificación de Invalidez.

Bajo ese norte, sostuvo que la actora para el momento en que fue finalizado el vínculo laboral se encontraba laborando de manera normal, sin algún tipo de incapacidad y aunque se emitieron algunas recomendaciones laborales hacia los años 2009 al 2012, haciéndose seguimiento hasta el año 2018, empero, no se encontraba incapacidad, ni se acreditó una pérdida de capacidad laboral. En ese sentido, dijo que al no probarse una situación de salud que le impidiera realizar sustancialmente el desempeño de sus funciones, la terminación del contrato no lo fue discriminatoria en atención a su situación de salud y, por tal razón, no es beneficiaria de la estabilidad laboral reforzada que demanda.

Frente a la pretensión subsidiaria expuso que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, de manera que se le canceló la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, de allí que no haya lugar a imponer ninguna condena. (Expediente digital, audio

10AudienciaTramiteJuzgamiento20211007)

4. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente proceso se estudia en grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante, por ser la sentencia de primera instancia totalmente desfavorable y no haber apelado.

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

- (i) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral la accionante se encontraba amparada por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?
- (ii) Para tal fin deberá examinarse ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

Relación laboral, su modalidad, salario y extremos temporales

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, el salario devengado durante su vigencia y modalidad; ni la labor de auxiliar de empaque que ejerció en vigencia de la relación la accionante; tampoco que el contrato de trabajo celebrado entre las partes fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por el empleador; hechos que no fueron recurridos por las partes y además, se aceptaron en la contestación de la demanda.

Estabilidad laboral reforzada

En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si Industria Santa Clara S.A.S. actuó de manera discriminatoria frente a la trabajadora al momento de terminar la relación laboral, la Sala Decisión Laboral debe recordar en primer lugar, que respecto del alcance de la Ley 361 de 1997, es clara la desaparición en el sistema jurídico de la determinación de la discapacidad por grados, según las limitaciones moderada, severa y profunda, quiere ello decir, que contrario a lo afirmado por el Juzgador de primer grado, no puede acudirse a estas escalas para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad, en atención a que el Decreto 1352 del 26 de junio de 2013, en su artículo 61 derogó el Decreto 2463 de 2001, que precisamente en su artículo 7º establecía los grados de severidad de la limitación, luego no resulta plausible concurrir en este caso en concreto a dichos grados para determinar la limitación, máxime cuando se evidencia que la terminación del vínculo contractual es posterior a la fecha en que ya había entrado a regir el Decreto 1352 de 2013 (26-06-2013), pues la finalización se produjo el 19 de febrero de 2019.

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

condiciones regulares, experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta y se exponen a la discriminación, lo cual se buscó proteger con la expedición de la Ley 361 de 1997.

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

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

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

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

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

En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores parámetros la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 19 de febrero de 2019, fecha en que la encartada terminó el contrato de trabajo a la demandante, su condición de salud se hallaba comprometida de modo que le impedía sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio, ello, en razón a las patologías que fueron calificadas como de origen laboral "bursitis de hombro derecho, epicondilitis medial y lateral bilateral, tendinitis de flexo extensores de mano y antebrazos bilateral y síndrome de manguito rotador izquierdo" y sobre la cual recibió tratamiento médico desde el año 2010, por diferentes especialidades médicas, entre esas, medicina laboral, fisioterapia y ortopedia, especialidades que ordenaron en múltiples ocasiones terapias físicas, incapacidades, recomendaciones médicas y en general servicios médicos, para alcanzar el grado de mejoría, tal y como da cuenta el haz probatorio.

De hecho, del citado acopio probatorio se evidencia que las patologías antes relacionadas tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, en tanto

que se allegó concepto médico de aptitud laboral de fecha 2 de agosto de 2018, con vigencia hasta el 2 de febrero de 2019 (Expediente digital, PDF 01. ORDINARIO 2020-111, pág. 133 y 134), cuyo propósito fue la de evitar la progresión de las enfermedades y ayudar en el proceso de rehabilitación, sugiriendo implementar, para su reincorporación laboral lo siguiente:

*"**DURANTE SUS LABORES SE DEBE PROCURAR MANTENER LOS HOMBROS, CODOS Y MANOS DENTRO DE LOS ÁNGULOS DE CONFORT.*
***REALIZAR LABORES CON MIEMBROS SUPERIORES CON REQUERIMIENTOS LEVES DE FUERZA, EVITANDO HALAR, EMPUJAR, TORCER O MANIOBRAR CONTRA RESISTENCIA.*
***EVITAR REALIZAR LABORES CON EXPOSICIÓN FRECUENTE A VIBRACIÓN EN MIEMBROS SUPERIORES.*
***EVITAR CAMBIOS BRUSCOS DE TEMPERATURAS Y EVITAR EXPOSICIÓN A TEMPERATURAS EXTREMAS EN LAS MANOS.*
***MANIPULACIÓN Y LEVANTAMIENTO DE CARGA SIN ADECUADAS AYUDAS MECÁNICAS MANIPULEN CON AGARRE ADECUADO, CERCA AL CUERPO Y CERCA DEL NIVEL DE LA CINTURA O REALIZARLO DE MANERA FRACCIONADA (POR UNIDADES) HASTA COMPLETAR LA TAREA.*
***PARA LA REALIZACIÓN DE LABORES REPETITIVAS CON MANOS TENER EN CUENTA LA DIFICULTAD PARA AGARRES FINOS Y GRUESOS DE LAS MANOS (EVITAR USO DE CHUCHILLOS-NO REBANAR, USO DE BISTURÍ, TIJERAS DE CORTE, SACAGANCHOS, PERFORADORA Y SIMILARES MAYOR A UNA HORA) POR LO CUAL SE RECOMIENDA ROTAR TAREAS POR LO MENOS CADA 2 HORAS CON PAUSAS ACTIVAS POR 5 MINUTOS PARA REALIZAR LOS EJERCICIOS ENSEÑADOS EN FISIOTERAPIA Y ASÍ DISMINUIR LA CONCENTRACIÓN DE MOVIMIENTOS, DOLOR Y FATIGA MUSCULAR Y TENDINOSA DE MIEMBROS SUPERIORES (...)"*

La citada recomendación laboral sirvió para que el empleador junto Axa Colpatria el 24 de agosto del 2018 realizará el respectivo seguimiento, señalando para tal fin el siguiente plan de trabajo (Expediente digital, PDF 01. ORDINARIO 2020-111, pág. 130 a 132):

"(...) Cumplimiento de las recomendaciones médicas en las actividades realizadas en el área de tostada cuadrada.
Se sugiere verificación de la permanencia en las actividades y realización de pausas activas como lo indica el médico tratante.
Se sugiere aplicar las normas de seguridad suministradas por el área HSEQ, con el fin de promover pautas de autocuidado y minimizar los factores de riesgo inherentes a la tarea.
Se sugiere tiempos cortos de permanencia en las actividades de termo selladores y selladora manual, ya que la exposición continua al calor puede incrementar los síntomas en miembros superiores (manos y codos). Aunque no tiene recomendaciones y/o restricciones que le impidan la realización de la tarea."

Lo anterior, da lugar a puntualizar que todos los medios probatorios adosados al plenario dan cuenta de la real afección que le impedía o dificultaba a la actora ejecutar la labor de una manera regular, los cuales, no pueden ser desestimados o echados de menos porque aquella al momento de la finalización del vínculo laboral no tenía una pérdida de capacidad laboral debidamente calificada y con un grado de mengua laboral que le impidiera sustancialmente ejercer su actividad de auxiliar de empaque, tal como lo dijo el Juez de primer grado para desestimar el aludido fuero de salud, pues siguiendo los derroteros expuestos por la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no es necesario que la condición de discapacidad esté reconocida en un dictamen o que se le identifique de esa manera en un carné, lo importante es que padezca una situación de discapacidad

en un grado significativo, debidamente conocido por el empleador, como se expuso en sentencia SL 2797 de 2020.

Ahora si bien es cierto, reposa dentro del plenario dictamen realizado por ARL Axa Colpatria el 17 de abril del 2017 en el que se le estableció una pérdida de capacidad laboral del 0% respecto de las enfermedades previamente calificadas como de origen laboral y se aduce que dicha calificación fue producto del manejo dado por el grupo interdisciplinario de la ARL, ortopedia de hombro, cirugía de mano, fisioterapia, medicina laboral y terapia física, presentándose estabilidad de las enfermedades y alcanzando una mejoría médica máxima, dicha manifestación raya con el resumen de historia clínica de ARL Axa Colpatria que fue allegada por la actora (Expediente digital, PDF 01. ORDINARIO 2020-111, pág. 183 a 215), que da cuenta que con posterioridad a la citada calificación aquella continuó recibiendo arduo tratamiento médico, al punto que después de dicha data le fue ordenado manejo por las especialidades en medicina laboral y fisioterapia, esta última quien ordenó el 3 de mayo de 2018 sesiones de terapia física en hombro derecho para manejo sedativo de dolor, además, solicitó ecografía de hombro izquierdo ante la persistencia de dolor y control de 3 meses.

De acuerdo con lo expuesto y de cara a las evidencias médicas que se transcribieron es claro que la actora, debido a sus patologías, continuó recibiendo tratamiento médico, dejando evidencia que tenía dificultad sustancial para desempeñar sus funciones, de allí que era necesario descartar tal dictamen de pérdida de capacidad laboral. A lo anterior se suma que, contrario a lo colegido por el A quo, no existe medio de convicción tendiente a verificar que aquella calificación se encuentre en firme, pues al observar nuevamente el resumen de historia expedido por ARL Axa Colpatria, da cuenta que se presentó inconformidad en contra del dictamen y que por ende la Junta Regional de Calificación de Invalidez en primera instancia calificó una mengua laboral del 7%. No obstante, debido a que contra dicha decisión se interpuso recurso de apelación, la Junta Nacional de Calificación asumió su conocimiento, entidad que el 3 de julio de 2018 solicitó paraclínicos recientes, ello con el fin de evaluar la pérdida de capacidad laboral y desatar la controversia.

Todo lo cual permite concluir:

(i) Las patologías sufridas por la actora le impiden o dificultan ejecutar la labor de manera trascendental; (ii) al momento de la finalización del contrato laboral la demandante se encontraba en tratamiento médico dada su condición de salud, además, que para el momento del desahucio se encontraban vigentes recomendaciones laborales que habían sido expedidas por ARL Axa Colpatria, las cuales eran conocidas por el empleador; (iii) lo anterior, ratifica que las patologías diagnosticadas a la actora eran de conocimiento de la demandada; acotando que (iv) aunque existe un dictamen de pérdida de capacidad laboral que señala una mengua laboral del 0%, es evidente que el mismo debe ser descartado en tanto que no se tiene constancia de que se encuentre en firme, además, porque todo el haz probatorio da cuenta que las enfermedades de origen laboral que padece la gestora del litigio tuvieron la entidad suficiente para afectar drásticamente su desempeño laboral, conforme a lo atrás esbozado, alterándose las condiciones de trabajo; (v) a lo anterior se suma cuando es claro que al estar derogado el Decreto 2463 de 2001, no podría determinarse si aquel porcentaje trae consigo o no una limitación moderada, severa o profunda, escalas a las que de todas maneras no puede acudir para determinar el ámbito de la protección de la estabilidad laboral reforzada por discapacidad; (vi) por manera que surge diáfano que el problema de salud por parte de la trabajadora determinó la finalización de su vinculación contractual, o pues así ha de presumirse en razón a que la demandada en ningún momento desvirtuó esta circunstancia ni esgrimió un argumento razonable y objetivo; (vii) evidenciándose de ello, que no solo no solicitó autorización al

Ministerio de Trabajo para dar por terminado el contrato laboral, sino que además el contrato de trabajo se terminó de forma unilateral y sin justa causa.

De este modo, al constatar que la desvinculación se produjo sin una justa causa y sin el aval de la autoridad laboral correspondiente, se deberá presumir que la causa de la terminación del vínculo fue el estado de salud que aquejaba a la señora Cenelia Lozano Loayza y en tal virtud corresponderá revocar la sentencia consultada, para en su lugar declarar la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo se restituya al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo, para lo cual resulta indispensable el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo.

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

Por todo lo anterior, habrá de revocarse en su integridad la sentencia de primer grado.

Excepción de prescripción

Como quiera que al contestar la demanda la pasiva propuso la excepción de prescripción, ha de señalarse que tanto el artículo 151 del CPT y de la SS, como los artículos 488 y 489 CST establecen que las acciones que emanen de las leyes sociales prescriben en tres años, **término que podrá interrumpirse por una sola vez con el simple reclamo del trabajador.**

En el caso concita la atención de la Sala se observa que los efectos definitivos del reintegro que reclama la demandante se configuran a la terminación del contrato de trabajo, es decir, 19 de febrero de 2019 y como quiera que la demanda fue interpuesta el 6 de marzo del 2020, conforme da cuenta acta de reparto, es claro que no opera el fenómeno jurídico de la prescripción. En consecuencia, se declarará no probada.

Indemnización de los 180 días por situación de discapacidad (artículo 26 de la Ley 361 de 1997)

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

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

"5.14. Una vez las personas contraen una enfermedad, o presentan por cualquier causa (accidente de trabajo o común) una afectación médica de sus funciones, que les impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, se ha constatado de manera objetiva que experimentan una situación constitucional de debilidad manifiesta, y se exponen a la discriminación. La Constitución prevé contra prácticas de esta naturaleza, que degradan al ser humano a la condición de un bien

económico, medidas de protección, conforme a la Ley 361 de 1997. En consecuencia, los contratantes y empleadores deben contar, en estos casos, con una autorización de la oficina del Trabajo, que certifique la concurrencia de una causa constitucionalmente justificable de finalización del vínculo.^[95] De lo contrario procede no solo la declaratoria de ineficacia de la terminación del contrato, sino además el reintegro o la renovación del mismo, así como la indemnización de 180 días de remuneración salarial o sus equivalentes.” (SU-049 de 2017)

Situación que guarda similitud con la doctrina de la Sala de Casación Laboral de la C.S.J, en sentencia SL6850-2016. En esas condiciones, se condenará a la demandada a pagar a título de indemnización prevista en el **artículo 26 de la Ley 361 de 1997**, la suma de **\$4.968.696**.

Indemnización 180 días de salario			
Año	Salario	Días	Valor
2019	\$828.116	180	\$4.968.696
Total			\$4.968.696

Indexación

Los valores hasta aquí ordenados deberán ser indexados desde la fecha de su exigibilidad, hasta aquella en la que se produzca el pago efectivo, teniendo como IPC inicial el 20 de febrero de 2019 y como IPC final al momento de su pago. Ello en atención a la devaluación monetaria.

Excepción de compensación

Sobre el particular, es del caso resaltar que como se señaló, en el caso de autos procede el reintegro, lo que implica el pago de todos los salarios y prestaciones sociales dejados de percibir por la trabajadora durante el lapso en que estuvo cesante, lo cual incluye, el pago de los aportes al sistema de seguridad social dejados de hacer y vacaciones, lo que impone a su vez a la actora la devolución de las sumas que recibió al momento del finiquito (SL-6389-2016). Bajo esa perspectiva, se **AUTORIZARÁ** a la demandada a compensar las sumas pagadas a la señora **CENELIA LOZANO LOAYZA** por concepto de liquidación definitiva recibida al momento de la finalización del laborío.

Costas

En primera instancia a cargo de la parte demandada. En este grado jurisdiccional de consulta no se condenará a las mismas, por no haberse causado.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 7 de octubre del 2021, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la ineficacia de la terminación del contrato de trabajo y, por tanto, disponer que el contrato de trabajo debe ser restituido al mismo estado en que se hallaría de no haber existido la ruptura del vínculo laboral y el consecuente reintegro de la trabajadora a su lugar de trabajo, conforme a lo considerado.

SEGUNDO: En consecuencia, **CONDENAR** a la demandada **INDUSTRIA SANTA CLARA S.A.S.** al reintegro de la señora **CENELIA LOZANO LOAYZA**, sin solución de

continuidad, a un cargo de igual o superior categoría, conforme sus condiciones de salud y a **cancelarle** los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al sistema de seguridad social integral, dejadas de percibir entre el 19 de febrero de 2019 y el momento del reintegro efectivo al cargo. Sumas que deberá cancelar debidamente indexadas de conformidad con los criterios expuestos en la parte motiva de la presente decisión.

TERCERO: CONDENAR a **INDUSTRIA SANTA CLARA S.A.S.** a pagar a **CENELIA LOZANO LOAYZA** la suma de **\$4.968.696** por concepto de la indemnización consagrada en el 26 de la Ley 361 de 1997, suma que deberá cancelar debidamente **indexada**.

CUARTO: DECLARAR probada la excepción de **compensación** propuesta oportunamente por la parte demandada y, por ende, autorizarla a descontar de las condenas aquí impuestas el valor de **\$3.720.091,58** pagado a la demandante por concepto de liquidación definitiva. Las demás excepciones se declaran no probadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

QUINTO: CONDENAR en costas en primera instancia a favor de la parte demandante y a cargo de **INDUSTRIA SANTA CLARA S.A.S.** En este grado jurisdiccional de consulta no se condenará a las mismas, por no haberse causado.

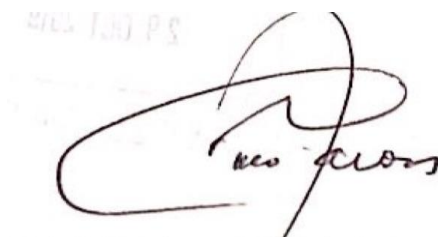
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

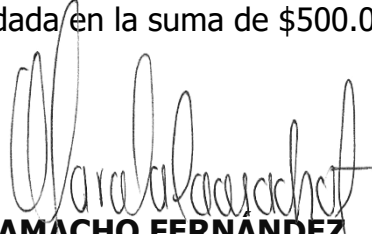


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en primera instancia fijándose como agencias en derecho en favor de **CENELIA LOZANO LOAYZA** y a cargo de la demandada en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ROGELIS DIAZ CARMENZA
DEMANDADO: COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-005-2020-00265-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ROGELIS DIAZ CARMENZA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. con el fin de que se declare que ha existido vicio del consentimiento en el contrato con la AFP Colmena, hoy Protección S.A.; que se declare que la AFP incurrió en omisión en el deber de información; que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; que como resultado de la declaratoria de ineficacia del traslado se establezca que la demandante nunca dejó de pertenecer al RPMPD; que se declare que se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones y nunca dejó de pertenecer al RPMPD; que se condene a la AFP Protección S.A. al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones; que se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar a la demandante como su afiliada; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho. Finalmente, que se condene a lo extra y ultra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 3 de noviembre de 1965; que cotizó al RPMPD desde abril de 1989 hasta el 9 de agosto de 1996 un total de 307.43 semanas; que el 9 de agosto de 1996 se traslado al RAIS; que la información no se le brindó la asesoría veraz y acorde con la situación de la demandante; que el 22 de agosto de 2019 solicitó a la AFP Protección S.A. y Colpensiones la invalidación de la afiliación, sin embargo, el 9 de septiembre de 2019 y el 23 de agosto de 2019, respectivamente, le fue negada la solicitud. (pág. 1 a 22) (ED 001).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág. 202) (ED 001); 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 las pretensiones de la demanda señalando que la demandante se encuentra válidamente

afiliada al RAIS; que el formulario fue suscrito de manera voluntaria, consciente y sin presiones; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de la ley 797 de 2003; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; que no es posible dar aplicación a la sentencia SU 062 de 2010; que no se encuentran probadas, acreditadas y causadas las costas y agencias en derecho. Como excepciones propuso las que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen; responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social; sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación; el error de derecho no vicia el consentimiento; inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política); buena fe de Colpensiones; cobro de lo no debido; falta de causa para pedir; presunción de legalidad de los actos jurídicos; inexistencia del derecho reclamado; prescripción y la innominada o genérica. (Pág. 205 a 230).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas la pretensiones señalando que el acto del traslado es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuera para realizarlo; que dicho acto tiene la naturaleza de contrato entre la demandante; que la firma del formulario es una señal de aceptación; que el acto jurídico celebrado entre la demandante y la AFP cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que la declaratoria de una nulidad o ineficacia no puede soportarse en expectativas económicas; que la demandante manifestó su voluntad de pertenecer al RAIS; que los aportes que se encuentran acreditados son para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS; que no es poseedor de los conceptos por rendimientos financieros; que no es posible aplicar el artículo 1746 del Código Civil; que no se puede devolver el dinero del fondo de garantía de pensión mínima puesto que el pago se realiza mes a mes. 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 a favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. (Pág. 1 a 28)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de septiembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado del RMPD al RAIS; condenó a la AFP Protección S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Finalmente, no condenó en costas a ninguna de las partes.

La decisión del Juez tuvo sustento en el Decreto 720 de 1994 y las sentencias SL 31989 de 2001, SL1421 de 2019 y SL1688 de 2019, señalando que una actuación malintencionada impacta directamente la libertad de elección; que la afectación de la libertad es evidente; que no acoge la tesis de la ineficacia manteniéndose en la nulidad; que no es posible declarar la prescripción dado que está ligado al artículo 48 de la Constitución Política; que la AFP tiene el deber de demostrar cuál fue la información que se le brindó a la demandante; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; que no existieron pruebas suficientes para dar por demostrado que se le haya brindado la información suficiente a la demandante al momento de realizar el traslado; que hubo error en el objeto dado que la prestación está atada a la volatilidad del mercado.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, quien solicitó que se revoque en su integridad la sentencia proferida, ya que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que solo para aquellos que tuviesen 15 años de cotizaciones a la entrada en vigencia del RPMPD se conservó el derecho a regresar al RPMPD en cualquier momento; que todas las actuaciones de Colpensiones deben estar encaminadas y en pro del cumplimiento del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; que se deben tener en cuenta las sentencias SL 138 de 2015, y STL 10825 en las que se indican que la declaración de nulidad de la afiliación por falta de cumplir con el deber de información opera solo para personas que son beneficiarias del régimen de transición; que la demandante no es una afiliada lego, teniendo en cuenta que es contadora de profesión; que el deber de la AFP era el de brindar la información pero la demandante era quien tomaba la decisión; que resulta desmedido exigir al fondo privado que hubiese realizado una proyección pensional o imponer un deber de asesoría; que dicha exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima teniendo en cuenta el principio de legalidad y debido proceso; que se tenga en cuenta el principio de relatividad jurídica; que el acto tiene efectos inter partes, y finalmente, que COLPENSIONES no puede ser ni favorecida ni perjudicada con la decisión adoptada.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que en el plenario no obra prueba alguna en donde los aquí demandados demuestren o acrediten que tuvo acceso a una asesoría clara, completa y veraz, con un cotejo de la información brindada de manera expresa y con constancia de habersele informado las consecuencias, ventajas y desventajas que dicho traslado podría acarrear para ella.

6.2. Colpensiones. Indicó que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento o dolo que permitan declarar la nulidad o ineficacia de la afiliación realizada por la actora ante la A.F.P PROTECCIÓN S.A., en tanto obra como soporte de dicha afiliación las cotizaciones efectuadas de manera libre, voluntaria y espontánea, por lo que se tiene que dicha afiliación es eficaz y produce pleno efecto jurídico entre las partes, medio consenso sobre la información ofrecida, las condiciones y características del RAIS, además, no existe ninguna prueba, tampoco un indicio que demuestre, que el traslado se desarrolló con la presencia de vicios del consentimiento como el error, la fuerza o el dolo, descritos en el código civil colombiano, prueba de ello son las firmas del formulario de afiliación que acredita la aceptación voluntaria libre y sin presión de la demandante de construir pensión en un fondo privado.

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 5144 del 20 de noviembre del 2019, por lo que, habrá de modificarse la decisión de instancia en este tópico, pues el a quo declaró la nulidad, debiendo declarar la ineficacia del acto de traslado.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora ROGELIS DÍAZ CARMENZA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 03 de febrero de 1989, con cotizaciones hasta el 30 de julio de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (Fol. 1 a 5 Archivo No 002) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colmena, hoy Protección S.A. con fecha del 09 de agosto de 1996 (Fol. 24), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fol. 17 a 22).

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 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 al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del

traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada sea profesional, pues el hecho de que la actora sea contadora no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha 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 y comisiones por parte de Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, no congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá de adicionarse a la sentencia en este ítem.

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

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: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 20 de septiembre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

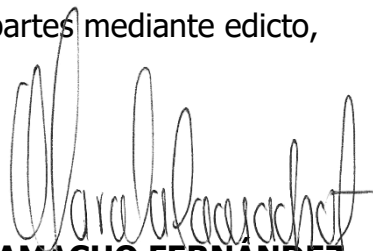
"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por la señora ROGELIS DÍAZ CARMENZA a través de COLMENA, hoy PROTECCIÓN S.A."

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 20 de septiembre del 2021, por el Juzgado Quinto 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 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.

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

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

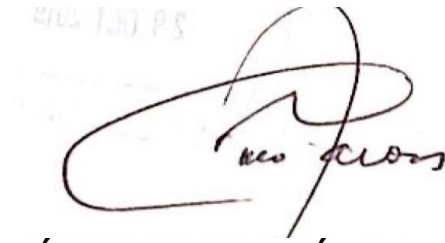
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

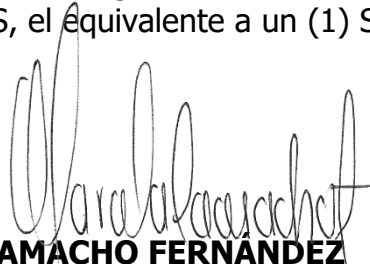


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MAURICIO MARQUEZ GONZALEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-012-2020-00296-01
ASUNTO: APELACIÓN Y CONSULTA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MAURICIO MARQUEZ GONZALEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, COLFONDOS S.A y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación del RPMPD al RAIS; que se ordene a la AFP Colfondos S.A. retornar a la demandante junto con los valores que hubiese recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado al RPMPD; que se ordene a Colpensiones a recibir en el RPMPD al demandante y mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho, y finalmente que se condene ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que desde el 13 de enero de 1988 hasta el 28 de febrero de 1995 estuvo afiliado al ISS; que para el 28 de febrero de 1995 tenía un acumulado de 351.29 semanas cotizadas; que los asesores de la AFP Colfondos hicieron una presentación del nuevo fondo indicando que podría pensionarse sin el cumplimiento de los requisitos actuales para ese momento; que la AFP Colfondos no le brindó la información suficiente; que para el año 2010 los asesores de la AFP Porvenir le convencieron que este tenía mejores rendimientos; que no recibió una asesoría completa por parte de los asesores de la AFP Porvenir; que para el 2013 retornó a Colfondos S.A. quienes lo mantuvieron en error; que a la presentación de la demanda contaba con 1497.29 semanas; que para el 2020 radicó derecho de petición ante Colpensiones y este respondió negando la solicitud de nulidad del traslado; que

radicó derecho de petición ante Porvenir y este fue respondido pero solo le fue entregado el formulario, y finalmente que radicó derecho de petición ante Colfondos y esta le fue negada. (Pág. 1 a 2) (ED 001).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág. 2) (ED011); 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 la parte actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen lo cual demuestra que el afiliado era consciente sobre el formulario que suscribió; que la elección del régimen se dio de manera libre, espontánea y sin presiones; que no se probó error, fuerza o dolo; que si la pretensión principal no está llamada a prosperar las demás tampoco. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones. (pág. 3 a 11) (ED 009)

3.2 PORVENIR S.A. Presentó contestación con oposición a las pretensiones de la demanda señalando que la vinculación con esta AFP en el año 2010 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada; que no existen vicios del consentimiento; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (pág. 2 a 32) (ED 006)

3.3 AFP COLFONDOS S.A. Presentó contestación sin oposición a la prosperidad de las pretensiones y tampoco formuló excepciones. (Pág. 4 a 8)(ED005)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 04 de noviembre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; declaró válidamente al demandante al RPMPD; condenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubiesen causado y los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos a Colpensiones; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones a través de Colfondos los costos cobrados por concepto de gastos de administración debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de recursos a Colpensiones; condenó a Colpensiones a recibir todos los valores que le traslade Colfondos; declaró no probadas las excepciones propuestas. Finalmente, condenó en costas solo a Colfondos.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 48, 53 y 230 de la Constitución Política; el artículo 13, 36, 59, 114, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993; Decreto 663 de 1993; Decreto 656 de 1994; Decreto 692 de 1994; Decreto 720 de 1994; artículo 6, 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social; artículo 164 y 167 del código General del Proceso; y las sentencias SL3871 de 2021, SL373 de 2021, SL1452 de 2019, SL1688 de 2019, SL1689 de 2019, SL12136 de 2014 y la SL 4360 de 2019, señalando que su despacho acoge la línea jurisprudencial dictada por la CSJ; que la carga de la prueba recae en cabeza de las AFP con el fin de demostrar que no hubo ninguna irregularidad al momento de brindar la información; que la sanción impuesta a la afiliación desinformada es la ineficacia; que el formulario solo contiene datos

generales pero no da cuenta de la información que se le brindó al demandante; que del interrogatorio no se puede inferir confesión alguna; que el actuar de la AFP no fue diligente; que la AFP debe trasladar todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, costos cobrados por gastos de administración durante el tiempo que permaneció en cada una de las AFP y finalmente que el fenómeno de la prescripción no es posible aplicarlo dada su conexidad con el derecho de la seguridad social.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la **AFP PORVENIR S.A.**, quien manifestó no estar de acuerdo frente al numeral cuarto, por no ser procedente la condena a la devolución por gastos de administración de acuerdo al inciso 2 del artículo 20 de la ley 100 de 1993; que en el RPMPD también se realiza un descuento del 3% de cotización a financiar los gastos de administración; que dichos gastos no forman parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción; que se configura un enriquecimiento ilícito a favor de Colpensiones; que los únicos valores a retornar que están autorizados en un traslado de régimen son el saldo de la cuenta de ahorro individual incluyendo sus rendimientos; que la parte demandante debe restituir los frutos financieros que le fueron asignados por lo que solicita se revoque de manera parcial el fallo en mención frente a dicha condena.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que realizó la afiliación a la AFP PORVENIR y COLFONDOS, mediante engaños de los asesores de este fondo de pensiones ya que estos, lo convencieron de cambiarse de régimen. Expuso que los demandados no acreditaron de manera alguna que haya recibido una asesoría clara, idónea y oportuna, como se establece en sentencia 4462 de 2019, en cumplimiento del deber de informar y el deber del buen consejo, que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento de traslados del régimen pensional.

6.2. Colpensiones. Indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y las AFP demandadas es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

6.3. AFP Porvenir S.A. Señaló que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación es eficaz.

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 el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen? (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos?; (v) ¿COLPENSIONES debe aceptar el traslado y activar la afiliación del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor MAURICIO MARQUEZ GONZALES se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 13 de enero de 1988 hasta el 28 de febrero de 1995 (Pág 118)(ED 001); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Colfondos con fecha del 27 de febrero de 1995 (Pág 158)(ED 001); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir con fecha del 23 de julio de 2010 (Pág 146)(ED 001) y que finalmente retorno a la AFP Colfondos para el mes de abril del año 2013 (Pág 11 archivo No 005) 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 el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún

a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

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**".

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

Así las cosas, el traslado entre AFP del mismo régimen, no convalida la ineficacia del traslado de régimen pensional prístino y, por tanto, una vez declarada la ineficacia del traslado de régimen pensional inicial del 27 de febrero de 1995, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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 el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

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

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

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

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

(...)

Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse

realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

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

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., sin embargo, no congloba de manera expresa los conceptos de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse a 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, efectivamente como lo afirma las AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no las exonera de la obligación de devolver a COLPENSIONES las sumas descontadas por este concepto, ni tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, como quiera que nuestra CSJ fue clara al señalar que en estos casos, en que se debe declarar la ineficacia del traslado por falta de información, se debe hacer devolución no solo de los rendimientos sino también de las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones, independientemente de que la Ley 100 de 1993 permitiera a los fondos descontar ese valor durante la afiliación.

Excepción de prescripción

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 TERCERO y CUARTO de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de noviembre del 2021, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS y PORVENIR 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 los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

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

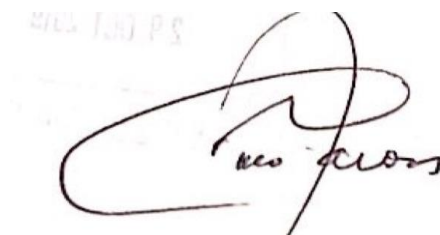
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



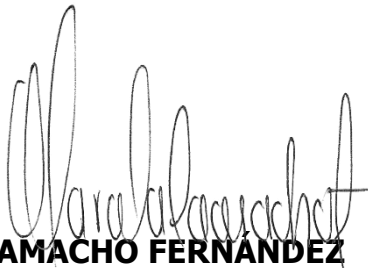
EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del 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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: CLAUDIA ZÚÑIGA PRIETO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.
RADICACIÓN: 110013105-017-2019-00779-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. CLAUDIA ZÚÑIGA PRIETO instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A., con el fin de que se declare el traslado de RPMPD al RAIS es nulo y como consecuencia es ineficaz; que se declare que la demandante está válidamente afiliada al RPMPD, y en consecuencia, se condene a la AFP Protección S.A. a realizar el traslado de todos los valores que constituyen la cuenta de ahorro individual de la demandante; que se condene a Colpensiones a recibir los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante por la AFP Protección S.A. ; que se condene a lo que resulte probado en el proceso conforme las facultades ultra y extra petita, y al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 01 de febrero de 1965 y a la presentación de la demanda cuenta con 54 años de edad; que se afilió inicialmente al ISS y cotizó más de 700 semanas hasta junio de 1998; que para el 10 de junio de 1998 un representante de la AFP Protección S.A. hizo promoción de los productos del RAIS pero la información solo se la brindó al área de RRHH y por consiguiente no desplegó ninguna actividad de asesoramiento a la demandante; que el 12 de agosto de 2019 radicó derecho de petición a la AFP Protección S.A. y este le respondió que no contaba con ningún tipo de soporte de la asesoría brindada a la afiliada al momento del traslado; que le resulta más favorable la mesada pensional otorgada en el RPMPD; que el 09 de agosto de 2019 solicitó a Colpensiones declarar nulo el traslado al RAIS y el 12 de agosto de 2019 le fue negada. (fols. 6 a 13).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 73); 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 la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS y no probó error, fuerza, dolo o falta de información debida; que el traslado de régimen pensional se realizó con plena voluntad de la cotizante; que se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que resulta inverosímil que la demandante no hubiese formulado dudas o inquietudes sobre esa decisión tan importante; que la entidad competente para estudiar la viabilidad del reconocimiento de la prestación económica por vejez es la AFP del RAIS; que se encuentra imposibilitada a aceptar el traslado de los aportes de la demandante; que al no tener derecho al reconocimiento de las pretensiones pedidas debe condenarse en costas a la demandante. Como excepciones de mérito 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. (Fols. 79 a 95).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que se encuentran frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que la suscripción del formulario se realizó de manera libre y espontánea; que el acto celebrado entre la demandante y esta AFP cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que la forma en la que se liquide la pensión de vejez no es óbice para declarar la ineficacia y/o nulidad; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que no hay causal legal que faculte a la devolución del monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a Colpensiones; que los aportes que se encuentran acreditados en la cuenta de ahorro individual harán parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS; que no hay lugar a que se predique conducta alguna en contra de esta. 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 restitución mutua a favor de la AFP; inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. (Fols. 151 a 171)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de octubre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró no probadas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y prescripción propuestas; declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; declaró que se encuentra válidamente afiliada al RPMPD por lo que Colpensiones tiene la obligación de validar su retorno sin solución de continuidad; condenó a la AFP Protección a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, sumas adicionales, bonos pensionales, rendimientos e intereses además de los gastos de administración que deben ser asumidos de su propio patrimonio; ordenó a

Colpensiones a recibir el traslado de fondos y convalidar la historia laboral y finalmente condenó en costas a la demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el Decreto 2013 de 2012; el artículo 6 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social; las sentencias C- 1024 de 2004, SU 062 de 2010, SU 130 de 2013 y la SL 3349 de 2019, señalando que al momento del traslado la demandante contaba con 12 años de cotizaciones y tenía 711 de semanas cotizadas y que la demandante no estaba amparada bajo el régimen de transición, por lo que se debió brindar un análisis concreto de su caso; que el formulario solo contiene datos generales por lo que no se puede establecer que el asesor cumplió con la obligación de brindar una información clara y suficiente; que se debió informar sobre las formas de pensionarse en el RAIS y el riesgo que correría y las consecuencias del traslado; que la AFP tiene la obligación de dar la información y el deber del buen consejo; que en el estatuto orgánico del sistema financiero, se consagra la obligación de brindar debida información a las que están obligadas también las AFP; que la firma en el formulario no da cuenta de que se haya cumplido con el deber de haber recibido la información; que del interrogatorio no se desprende una confesión; que la desinformación constituye un elemento suficiente para invalidar el acto jurídico; que la AFP Protección debe retornar a Colpensiones la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual, cotizaciones, aportes, sumas adicionales, bonos pensionales, el traslado de dineros de otra AFP, rendimientos e intereses sin descontar los gastos o comisiones de administración y finalmente que no es posible dar aplicación al fenómeno de la prescripción dada su conexidad con un derecho pensional.

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

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por el a quo señalando que el deber de información ha tenido varias etapas por lo que al momento del traslado no existía la obligación de dejar por escrito la asesoría que se brindaba; que el alcance de la asesoría realizada para ese momento debe ser valorada bajo la normatividad vigente para la fecha; que no es razonable ni jurídicamente válido imponer obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento al momento del traslado; que tales exigencias desvirtúan el principio de confianza legítima; que Colpensiones no participó en la decisión de realizar el traslado; que la demandante al realizar la solicitud de traslado ya se encontraba inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003 por lo que finalmente solicita sea absuelto en los puntos que le fueron adversos a Colpensiones por ser un tercero de buena fe.

5.2 PROTECCIÓN S.A.: Interpuso recurso de apelación parcial frente a la devolución de las comisiones de administración y primas de seguros previsionales, señalando que estos son descuentos autorizados por la ley previamente establecidos; que el descuento del 3% se usa para cubrir los gastos de administración y para pagar la prima del seguro previsional y opera en ambos regímenes; que se estaría constituyendo un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones; que estos dineros no están destinados a financiar la pensión de vejez; que tiene el derecho a conservar las comisiones como restituciones mutuas a su favor; que el Decreto 2555 de 2010 indica que el manejo de los recursos por las AFP es vigilado por Superintendencia Financiera, misma que indicó en concepto del 17 de enero de 2020 que en los casos en que se declare la nulidad o ineficacia debe darse aplicación al artículo 7 del Decreto 3995 del 2008, esto es, solo trasladando el dinero de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima; que la prima del seguro previsional no es posible devolverlo considerando que dicho porcentaje ya fue sufragado y la aseguradora cumplió con su deber contractual; que

dicha aseguradora es un tercero de buena fe y finalmente que frente a la comisión de administración aplica el fenómeno de prescripción.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Refirió que si bien es cierto Colpensiones continúa indicando que a las administradoras de fondos de pensiones no les correspondía ofrecer más información que la indicada en el formulario de afiliación, para la fecha en que operó el traslado, no obstante, el precedente jurisprudencial indica lo contrario, además, el apelante ignoró el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones sostuvo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y la AFP demandada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

6.3. AFP Protección S.A. Sostuvo que todas sus actuaciones siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, es por lo anterior que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, tal como lo manda el artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Indicó que todos los formularios de afiliación de la entidad que represento cumplen con los requisitos establecidos en el Decreto 692 de 1994 art. 11 y ss. Preciso que una vez efectuado el traslado de régimen por la parte demandante, ésta tuvo diferentes oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por los recurrentes, y se 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 a la afiliada la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora CLAUDIA ZUÑIGA PRIETO, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 28 de octubre de 1983, con cotizaciones hasta el 02 de noviembre de 1997, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 107 - 108) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP PROTECCIÓN con fecha del 10 de junio de 1998 (Fol 58), 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 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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 equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier situación, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha 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 y comisiones por parte de PROTECCIÓN S.A., (durante el tiempo de permanencia de la actora en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, congloba de manera expresa los conceptos de comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y los gastos de administración, por lo que habrá de confirmarse la decisión de instancia en este tópico.

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

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

Excepción de prescripción

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de octubre de 2021 por el Juzgado 17 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

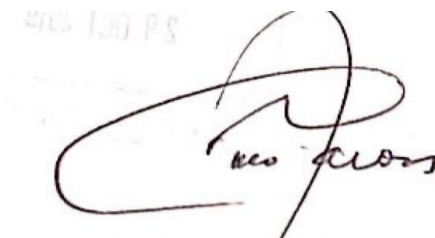
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: AURA DOLORES RODRIGUEZ ACOSTA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A.
RADICACIÓN: 110013105-035-2020-00039-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. YESBY YADIRA LÓPEZ RAMOS, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. AURA DOLORES RODRÍGUEZ ACOSTA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A. con el fin de que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación al RAIS con las AFP Protección S.A. y Skandia S.A.; que se declare que los traslados de régimen entre AFP obedecieron a la omisión de la información, engaño, error y asalto de la buena fe de la demandante; que se declare que la afiliación al RPMPD permaneció incólume y por ello, surte todos los efectos legales; que se declare que las AFP Protección S.A. y Skandia S.A. deben trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización, gastos de administración, así como los dineros aportados por la demandante durante el tiempo que estuvo afiliada; que se ordene el traslado de la demandante a Colpensiones; que se condene ultra y extra petita y finalmente que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al RPMPD a través del ISS el 15 de noviembre de 1988; que la AFP Old Mutual S.A. envió a su asesor comercial al lugar de trabajo de la demandante con el fin de trasladarla de régimen; que dichos asesores no contaban con título ni formación profesional; que para el año 1996 Old Mutual S.A. omitió su deber de información; que para el 2019 Old Mutual certificó que la demandante tenía un capital acumulado de \$153.938.681; que la AFP Protección trasladó a su asesor comercial hasta el lugar de trabajo de la demandante para el año 2003; que este fondo omitió su deber de información; que agotó la

reclamación administrativa el 19 de diciembre de 2019 ante Colpensiones y este fue respondido negativamente; que el 19 de diciembre de 2019 radicó derecho de petición ante Protección y el 24 de diciembre de 2019 esta fue negada; que el 19 de diciembre de 2019 presentó solicitud a Skandia S.A. y el 09 de enero de 2019 esta fue desatada negativamente. (fols. 24 a 45)(fol 51)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (ED 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 la totalidad de las pretensiones señalando que dentro del expediente no obra prueba alguna que se le hubiese hecho incurrir en error a la demandante o de que se esté 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 de la demandante; que las documentales se encuentran sujetas a derecho; que dicho traslado se hizo de manera libre y voluntaria sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que la demandante no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010; que no procede el traslado de régimen pensional de conformidad con la ley 797 de 2003; que nada tuvo que ver con la decisión de la demandante. Como excepciones de mérito propuso las que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción de la acción laboral, caducidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (pág. 3 a 49) (ED 09).

3.2 AFP PROTECCIÓN S.A. Contestó la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que el acto es existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; que dicho acto se realizó de manera libre y espontánea; que dicho formulario tiene la naturaleza de un verdadero contrato que genera obligaciones y derechos para ambas partes; que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños; que la firma del formulario de afiliación es una clara señal de aceptación y constituye una manifestación inequívoca en el sentido de realizar el traslado; que cumplió con todos los requisitos de existencia y validez; que en ningún momento faltó a su deber de información; que la información brindada fue totalmente veraz y se hizo conforme a la normatividad de la época; que la afiliación con Protección es plenamente válida y eficaz; que no hay causal legal que faculte para devolver a Colpensiones el monto del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual; que la demandante se encuentra dentro de la limitante de la ley 797 de 2003; que no existe vicio del consentimiento en la afiliación con Protección que conlleve a la nulidad; que los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual son parte del capital para financiar la prestación económica que se genere en el RAIS; que no hay lugar a que se predique conducta alguna en su contra. 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 y la innominada o genérica. (pág. 3 a 37)(ED 10)

3.3 SKANDIA S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que para la fecha del traslado la demandante era plenamente capaz; que la selección de régimen pensional es libre y voluntaria por parte del afiliado; que al trasladarse al RAIS la demandante aceptó todas y cada una de las

condiciones propias del régimen; que la información y asesoría suministrada por la AFP Pensionar, hoy Skandia S.A. al momento de la vinculación se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS; que el acto de traslado es perfectamente válido y tiene lugar por la decisión libre, voluntaria y unilateral; que se debe explicar y probar en qué consiste cada uno de los vicios de consentimiento que se alegan; que la demandante firmó el formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin ningún tipo de presiones; que la afiliación con Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A. es totalmente válida y goza de plena validez; que la comisión de administración está direccionada a retribuir las diferentes actividades que deben desarrollar las instituciones pensionales; que no es procedente la devolución de la prima de invalidez y sobrevivencia ya que la causa de aseguramiento es permanente. Como excepciones de mérito propuso las que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, Skandia no participo ni intervino en el momento de selección de régimen ni el traslado de fondo, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (pág 1 a 28)(ED 08).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 11 de octubre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y en consecuencia se ordenó a Protección S.A fondo en el que se encuentra actualmente afiliada a trasladar a Colpensiones todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos; condenó a la AFP Protección y la AFP Skandia a pagar con su propio patrimonio la disminución del capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración conforme al tiempo en el que está permaneció afiliado en cada uno de los fondos privados; condenó a Colpensiones a volver a afiliar a la demandante al RPMPD y a recibir todos los aportes que la demandante hubiese efectuado y finalmente condenó en costas a las demandadas AFP Protección y Skandia S.A..

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 3204 de 2021, SL3047 de 2021, y SL2884 de 2021, señalando que la entidad incumplió con una gama de obligaciones voluntariamente; que corresponde a las AFP demostrar que brindó la información correspondiente; que los formularios preimpresos son insuficientes para demostrar el cumplimiento del deber de información y a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado; que la AFP Protección debe trasladar con destino a Colpensiones la total del capital que reposa en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con los rendimientos, gastos de administración y comisiones; que la AFP Skandia y Protección deben asumir de su propio patrimonio la disminución del capital de la demandante por gastos de administración en proporción al tiempo de permanencia y finalmente declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

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

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación en contra de la decisión proferida por el a quo señalando que se está quebrantando el principio de sostenibilidad financiera consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política; que se debe velar en todo momento por la protección de los dineros del erario público destinados a

sustentar el sistema de seguridad social en pensiones; que la demandante no ayudó a financiar las pensiones de los pensionados del RPMPD; que el ahorro de la demandante no es suficiente para alcanzar su propia pensión; que en el evento de confirmar la sentencia del a quo se realice el cálculo actuarial y el pago del mismo para sufragar la descapitalización del sistema; que de acuerdo a la sentencia SU 062 de 2010 se tendría que pagar el cálculo de la rentabilidad y finalmente solicita se revoque la totalidad de la decisión proferida y se absuelva de todas las pretensiones incoadas en su contra.

5.2 PROTECCIÓN S.A.: Recurrió la decisión de manera parcial respecto a trasladar los dineros correspondientes a las sumas adicionales y cuotas de administración; que las sumas adicionales hacen referencia a las sumas pagadas a las aseguradoras por la cobertura del riesgo; que no tiene ninguna suma adicional alguna propiedad de la demandante; que las cuotas de administración son descuentos legales exequibles y vigentes que se realizan en ambos regímenes; que dichas cuotas no están destinadas a la financiación de la pensión de vejez; que la consecuencia lógica de la ineficacia sería solo trasladar los dineros correspondientes a los aportes más los rendimientos; que Colpensiones está incurriendo en un enriquecimiento sin causa y finalmente solicita se aplique la prescripción de dichos dineros.

5.3 SKANDIA S.A.: Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque el numeral segundo del fallo en lo correspondiente a los gastos de administración; que dichos descuentos están autorizados por el artículo 20 de la ley 100 de 1993; que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 indica que frente a los traslados de recursos entre regímenes cuando se trate de RAIS se deberá trasladar los aportes y finalmente que la SIF en concepto con radicado 2019 – 152159003 del 15 de enero de 2020 indicó que al declararse la nulidad o ineficacia del traslado procede únicamente el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual incluyendo los rendimientos.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Expuso que es inadmisile considerar como ciertas las afirmaciones del fondo de pensiones para aceptar que en apenas 10 minutos de entrevista se le pudo hacer la presentación del régimen de prima media con prestación definida, del RAIS, las ventajas y desventajas, la información de los bonos pensionales y su comercialización, la forma de liquidar la pensión bajo las tres modalidades que ofrece el RAIS, la garantía de pensión mínima, los aportes voluntarios, entre otros, aspectos que para octubre de 1995 apenas un año después de entrar en vigencia la Ley 100 de 1994 se desconocía totalmente por los ciudadanos, e incluso, para gran sector de los abogados que fueron aprendiendo el tema luego de especializaciones de un año de duración.

6.2. Colpensiones. Alegó en su favor que, al momento de la solicitud del retorno al RPM, en el año 2019 la demandante contaba con 56 años, encontrándose en una prohibición legal descrita en el 2 de la Ley 797 de 2003, la cual modificó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el cual manifiesta que después de un (1) año de vigencia de dicha ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión". Indicó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo).

6.3 SKANDIA S.A. Indicó que no es posible reintegrar las sumas descontadas por concepto de comisión de administración, dado que se destina una parte a pagar la póliza para el cubrimiento de los seguros de invalidez y muerte y la otra parte, para

sufragar los gastos de administración, de ahí que parte del mencionado porcentaje, ya fue pagado a la aseguradora para cubrir los riesgos de invalidez y muerte de la actora y, por tanto, no se encuentra en las arcas de la AFP.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿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 del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

Previo a resolver los problemas jurídicos planteados, debe precisar la Sala que 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 AURA DOLORES RODRÍGUEZ ACOSTA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 15 de noviembre de 1988, con cotizaciones hasta el 28 de febrero de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (pág 72 a 74)(ED 09); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Pensionar, hoy Skandia S.A. con fecha de 21 de febrero de 1996 (pág 31); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Protección con fecha de 8 de septiembre de 2003 (Pág 46)(ED 10) donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (Fols. 53 a 68).

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda 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 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, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancia pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar 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.

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 PENSIONAR, hoy SKANDIA 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 21 de febrero de 1996, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

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

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

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

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

(...)

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

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

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a PROTECCIÓN S.A., y SKANDIA S.A. asimismo, hace referencia de manera expresa los conceptos de gastos de administración, sin embargo, las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora solo fueron ordenadas a cargo de PROTECCIÓN S.A. y no se extendió a la AFP SKANDIA S.A. y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. En lo que respecta a la censura de COLPENSIONES relativo a que se debe ordenar el cálculo actuarial de la pensión que puede disfrutar el demandante en el RPMPD, acota la Sala que lo procedente en estos procesos es la devolución íntegra de las cotizaciones como se hizo anteriormente, y no el cálculo actuarial como si se trata de omisión de pago de aportes patronales.

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

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

Excepción de prescripción

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL SEGUNDO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de octubre del 2021, la **ORDEN** a la AFP SKANDIA 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, las **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 en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

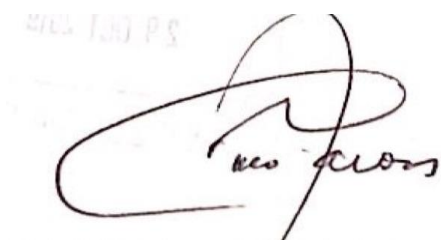
TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PROTECCIÓN S.A., SKANDIA S.A. y COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

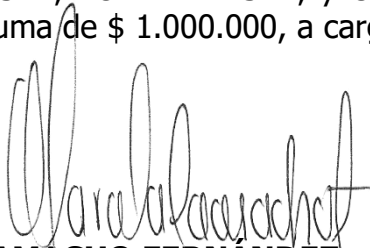


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA FANNY CASTRO ARBELAEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-038-2019-00711-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. ANGELLY JULIANA SALAZAR CAICEDO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIA FANNY CASTRO ARBELAEZ instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la nulidad o ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a aceptar que la asesoría brindada a la demandante fue insuficiente; que como consecuencia de dicha declaración se ordene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a favor de Colpensiones las sumas de dinero recibidas con motivo de la afiliación de la demandante tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, con los respectivos reajustes económicos y así mismo que se realicen los cruces y/o reajustes de la pensión que haya efectuado Porvenir S.A. en favor de Colpensiones; que se ordene a Porvenir S.A el retorno de la demandante del RAIS al RPMPD; que se ordene a Porvenir S.A. el pago de los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la ley 100 de 1993; que se condene a la AFP al pago de la suma de 50 SMVM tal como lo dispone el artículo 13 literal b) y 271 de la ley 100 de 1993; que se condene a Colpensiones para que reciba los dineros trasladados por la AFP y estos sean válidos en la historia laboral de la demandante; que se condene a Colpensiones a aceptar a la demandante en el RPMPD como si nunca hubiese existido un traslado de régimen pensional; que se condene a Colpensiones y a la AFP para que reconozcan las determinaciones adoptadas en el ejercicio de las facultades ultra y extra petita y finalmente que se condene en costas a los demandados.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 09 de agosto de 1964; que ingresó a laborar el 14 de noviembre de 1984; que una vez se inicia el sistema pensional administrado por los fondos privados estos empezaron a ejercer una publicidad muy agresiva y engañosa; que el empleador facilitó la presencia de los promotores de los fondos privados quienes en forma agresiva comenzaron a presionar a los trabajadores para que se afiliaran a ese régimen; que le manifestaron que podría obtener una mejor pensión en el RAIS que la que podía obtener en el RPMPD; que la AFP inicia el descuento de los aporte en el mes de febrero de 2000; que la suscripción del formulario tiene fecha de 01 de marzo de 2000; que los asesores de la AFP no le manifestaron los riesgos que existían por trasladarse de régimen; que no le informaron a cerca de la fecha límite para devolverse al RPMPD; que no le informaron que la pensión podría ser inferior al RPMPD y por el contrario le afirmaron que en el fondo privado su pensión sería 5 veces lo devengado en ese momento; que no le informaron que eventualmente en el fondo privado no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente; que no le informaron que los cálculos estimados estaban sometidos a las fluctuaciones del mercado; que no le informaron que el monto de la mesada pensional dependería de la modalidad de pensión que escogiera; que no le informaron que la negociación del bono pensional implica un importante sacrificio financiero; que no le informaron en qué consistía el bono pensional; que la situación actual de la demandante resulta ser mucho más desventajosa; que la proyección solicitada por la demandante ante la AFP arrojó un valor de \$970.000; que en el RPMPD el valor de la mesada pensional sería de \$4.000.000 para el año 2019; que presentó solicitud ante Porvenir S.A. para que se aceptara la nulidad de la afiliación y esta fue negada; que presentó solicitud a Colpensiones para agotar el requisito de procedibilidad y finalmente que la asesoría la recibió de terceros y no de la AFP. (fols.1 a 22).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (ED 02 pág. 117); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias señalando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que no probó error, fuerza o dolo en la afiliación; que el traslado de los aportes se realizó por solicitud de la demandante; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal conforme la Ley 797 de 2003; que la demandante no contaba con una expectativa legítima de pensionarse con una norma anterior a la ley 100 de 1993; que la parte actora no ejerció su derecho de retracto; que la demandante permaneció en el RAIS por más de 18 años; que no existe prueba alguna que a la demandante le hubieran forzado para suscribir el formulario de traslado; que ha obrado conforme lo establece la ley; que por el contrario debe condenarse en costas a la demandante. Como excepciones propuso las de 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, la innominada o genérica, y la no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público. (ED contestación archivo 4)

3.2 AFP PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a las pretensiones de la demanda señalando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia o nulidad de la afiliación; que no es posible solicitar la ineficacia o nulidad invocando requisitos que no existían a cargo de las AFP para la fecha de traslado; que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS; que este fondo cumplió con el deber de asesoría que le correspondía; que no hay lugar a

la devolución de gastos de administración dado que la rentabilidad de la que se beneficia surge del cumplimiento de un deber legal; que la demandante no ha elevado solicitud de reconocimiento pensional; que la afiliación de la demandante obedeció a una decisión libre y voluntaria; que al no haber fundamento de las pretensiones de la demanda se deberá absolver de todas las demás condenas. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (Fols. 102 a 135)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de agosto de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS; ordenó a Porvenir S.A. a devolver la totalidad de los valores recibidos de los empleadores de la demandante por concepto de aportes, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales que se encuentren o no en la cuenta de ahorro individual sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima; ordenó a Porvenir S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por la demandante junto con los rendimientos financieros, el bono pensional y demás integrantes de su cuenta de ahorro sin descontar suma alguna por concepto de cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS o cualquier otra causa; ordenó a Colpensiones que proceda a reactivar de manera inmediata la afiliación de la demandante al RPMPD sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral con la totalidad de las semanas de cotización acreditadas; absolvió de lo demás; declaró no probadas las excepciones y condenó en costas a Porvenir.

La decisión del juez tuvo sustento en el artículo 3 de la ley 100 de 1993; la ley 797 de 2003; las sentencias SL1949 de 2021, SL1942 de 2019, SL1688 de 2019, SL1217 de 2021, SL1452 de 2019, SL1689 de 2019, SL3463 de 2019, SL1217 y la SL2601 de 2021; el Decreto 663 de 1993; el artículo 167 del CGP; el artículo 1746 del CC, señalando que el traslado de régimen debe darse con el consentimiento informado; que el deber de información reside en suministrar la información del detalle de las características de cada régimen; que la obligación de Porvenir era brindar la información acerca de las características, riesgos, ventajas o desventajas, además del régimen de transición y su eventual pérdida; que del formulario no se infiere se le haya proporcionado la información completa y comprensible a la demandante; que el formulario acredita una vinculación al RAIS sin vicios pero no del consentimiento informado; que del interrogatorio no se puede inferir confesión alguna; que la demandante no conoce las consecuencias del no cumplimiento de los requisitos del régimen; que si la asesoría no se brinda en el momento oportuno pierde su utilidad; que la información brindada posteriormente no puede subsanar la falta de información inicial; que no es necesario que la demandante cuente con un derecho consolidado o una expectativa; que opera la inversión de la carga de la prueba a favor de la demandante; que la AFP debe asumir el deterioro de la cuenta de ahorro individual como los gastos de administración; que la AFP debe devolver los gastos de administración, los aportes al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos financieros, bonos pensionales, frutos, intereses, rendimientos, aportes y comisiones durante el tiempo de permanencia y finalmente que no aplica la prescripción.

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

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la sentencia de primera instancia señalando que el deber de información solo fue

intensificado hasta el 2009; que exigir las mismas formalidades en la asesoría que solo existieron hasta el 2009 va en contravía de los derechos de Colpensiones; que impone una carga desproporcionada a los fondos de pensiones; que se desvirtúan los principios de la confianza legítima, de legalidad y el debido proceso; que la demandante ha permanecido en el RAIS durante más de 20 años y realizando diferentes actos que ponen de presente su compromiso serio de pertenecer al RAIS; que no existe otro medio de prueba con el cual se pudiera probar el cumplimiento del deber de información además del formulario de afiliación; que la demandante mostró desinterés al no realizar el traslado de régimen cuando aún podía hacerlo; que no les es dable a las AFP rechazar las afiliaciones o siquiera desincentivar las mismas; que el traslado también afectaría el RPMPD; que no se tiene en cuenta el principio de la sostenibilidad financiera del sistema y finalmente que en caso de ser confirmada la decisión del a quo, se ordene a la AFP efectuar la devolución de las sumas percibidas por concepto de cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y demás pertenecientes a la cuenta individual de la actora y que sean debidamente indexados.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su integridad el fallo proferido por el a quo señalando que se está vulnerando el principio de legalidad; que se le está exigiendo requisitos legales que surgieron con posterioridad al momento en el que se efectuó el traslado; que hubo una indebida valoración probatoria; que en el interrogatorio de parte se evidencian inconsistencias; que la demandante no es una afiliada lego ya que es contadora pública; que permaneció afiliada al RAIS durante más de 19 años y nunca se interesó en saber sobre su futuro pensional; que la demandante manifestó que su empleador la forzó a suscribir el formulario; que se evidencia un ejercicio abusivo y arbitrario del derecho por cuanto se limitó a hacer negaciones indefinidas; que en caso de que se confirme la sentencia del a quo se revoque únicamente lo referente a la devolución de los gastos de administración ya que estos tienen una destinación específica; que fueron debidamente invertidos, que no se encuentran en su poder; que son sumas que se utilizaron para mantener e incrementar los valores de la cuenta de ahorro de la demandante; que el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 rige en todos los casos y finalmente que la SIF en concepto del 15 de enero de 2020 sostiene que la normatividad existente permite inferir que en caso de resultar necesario un traslado de recursos del RAIS al RPMPD además de la información de la historia laboral se debe trasladar el valor de la cuenta de ahorro individual, sus rendimientos y lo correspondiente a la garantía de pensión mínima.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Colpensiones. Alegó en su favor que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, lo que deviene entonces la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada. Además, el traslado efectuado ante la AFP privada goza de plena validez y no puede ahora utilizar su propia culpa para beneficiarse.

6.2. AFP Porvenir S.A. Expuso que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de régimen pensional de la demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos

reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por 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 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARIA FANNY CASTRO ARBELAEZ se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 14 de noviembre de 1984, con cotizaciones hasta el 04 de abril de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 39 a 40) y que suscribió formulario de afiliación con Porvenir el 01 de marzo de 2000 (fol. 63), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones (fol. 36 a 47).

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 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 el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

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

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

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a la AFP 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha 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 y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se congloba de manera expresa los conceptos de gastos de administración y comisiones y, por ende, habrá de confirmarse la sentencia en este ítem.

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

Además se debe precisar que, efectivamente como lo afirma la AFP del RAIS en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**,

sin embargo, esto no la 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 PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 02 de agosto del 2021, por el Juzgado 2º Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

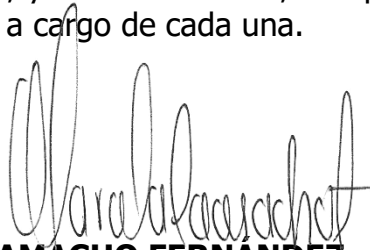


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., y COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMLLV, 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: MARIELA VALENCIA QUEBRADA
DEMANDADO: COLPENSIONES. y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-031-2021-00030-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIELA VALENCIA QUEBRADA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS efectuado con Porvenir S.A; que se declare para todos los efectos jurídicos la demandante siempre ha permanecido en el RPMPD sin que haya existido solución de continuidad en la afiliación; que se ordene a Porvenir S.A la devolución a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que esos valores estuvieron bajo su administración; que se ordene a Colpensiones a reactivar la afiliación de la parte demandante considerando para todos los efectos legales siempre ha estado vinculada al RPMPD y en consecuencia a recibir los aportes y rendimientos devueltos por Porvenir S.A así como actualizar y corregir la historia laboral de la demandante y finalmente que se condene en costas a todas las demandadas; como pretensiones subsidiarias solicitó que se declare la nulidad o inexistencia del acto de traslado efectuado por la demandante con Porvenir S.A; que se declare para todos los efectos jurídicos que siempre ha permanecido en el RPMPD sin que haya existido solución de continuidad; que se ordene a Porvenir S.A la devolución a Colpensiones de todas la sumas de dinero antes mencionadas; que se condena a Porvenir S.A al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causado a la demandante los cuales se tasaron en la suma de 200 SMLMV y que se condena en costas a todas las demandadas.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 25 de febrero de 1962 y para la fecha de presentación de la demanda contaba con 58 años de edad; que a lo largo de su vida laboral ha estado vinculada con diferentes entidades; que estuvo afiliada con el ISS desde 1979; que una vez comenzaron a funcionar las AFP estos ejercieron una publicidad muy agresiva por todos los medios de comunicación personal y mediante visitas; que el 11 de mayo de 2007 por no recibir información completa, necesaria, veraz, transparente y oportuna suscribió formulario de afiliación con Porvenir SA; que por dicha desinformación considero que el RAIS le era más beneficioso; que el asesor que efectuó el traslado no contaba con título ni formación profesional o con capacitación adecuada; que en ningún momento se le explicó las características del RPMPD; que no se le brindó un comparativo entre regímenes; que no se le hizo advertencia de los riesgos que existían; que nunca se advirtió que la pensión podría ser inferior al del RPMPD; que no se le advirtió que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente o que el capital no permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPMPD; que no se le explicaron las distintas modalidades de pensión en el RAIS; que nunca se le advirtió sobre que era un bono pensional; que no se le explicó que dicho bono implica un importante sacrificio financiero; que nunca se le explicó cómo funciona financieramente el RPMPD y el RAIS; que no se le explicó que se tiene en cuenta para la mesada pensional en ambos regímenes; que no se le manifestó que tenía derecho a retractarse; que Porvenir realizó una proyección y este arrojó que a los 60 años con una cotización del 100% del tiempo tendría una mesada por valor de \$877.803; que en el RPMPD la mesada pensional con 61 años tendría un valor aproximado de \$1.471.033; que el consentimiento estuvo viciado; que el 18 de diciembre del 2020 se presentó solicitud para que se aceptara la ineficacia ante Porvenir y Colpensiones, y que por parte de Porvenir le fue negada y de Colpensiones no obtuvo respuesta. Finalmente, aduce que en consecuencia de la falsa expectativa creada por los asesores ha causado a la demandante un gran impacto emocional manteniendo en un estado de angustia permanente al no tener asegurado un ingreso acorde con la calidad de vida. (pág. 7 a 27) (ED 001)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (pág. 1- 2)(ED 007) sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones con fundamento en que la demandante o probó causal alguna de que la afiliación sea nula o ineficaz; que dicha afiliación cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma; que no hay lugar a que se declare la nulidad y en consecuencia tampoco el regreso automático de la demandante al RPMPD; que si las pretensiones no están llamadas a prosperar, no hay lugar al pago de costas y agencias en derecho. Como excepciones de fondo propuso las de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la innominada o genérica. (pág. 2 a 20)(ED005)

3.2 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que la vinculación se hizo de manera informada, libre de presiones y engaños después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de la decisión y como fundamento de ello hace mención a un apartado de afirmaciones contenidas en el formulario de afiliación; que se publicó en el diario el

Tiempo la posibilidad con que contaban los afiliados para trasladarse entre regímenes de conformidad con las modificaciones introducidas por la ley 797 de 2003; que el vicio de consentimiento deriva en una nulidad relativa que es susceptible de saneamiento mediante ratificación en concordancia con el artículo 1741 del CC; que siempre se le garantizó el derecho de retracto; que la SIF en concepto con radicado 20191522169-003-000 del 174 de enero de 2020 indicó que en los eventos de proceder la nulidad o ineficacia del traslado las únicas sumas a retornar son los aportes y rendimientos de la cuenta individual del afiliado; que también en el RPMPD se destina un 3% de la cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez; que no se puede ordenar el traslado de gastos de administración a Colpensiones porque se configura un enriquecimiento ilícito; que no hay lugar a reconocimiento alguno de perjuicios morales; que los perjuicios morales se reconocen en casos donde se compruebe que se generó un daño significativo; que en la medida de que ninguna de las pretensiones está llamada a prosperar no existe fundamento fáctico ni jurídico para la imposición de costas y agencias en derecho. Propone como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pág. 2 a 53)(ED006).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 9 de Julio de 2021, en la que la falladora de primera instancia decidió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante, como quiera que se encuentra válidamente afiliada al RAIS, condenándola al pago de costas y agencias en derecho.

La decisión del Juez se basó en las sentencias de la CSJ con radicado 36132 de 2009, artículo 48 de la Constitución Política, sentencia C-986 de 2009, artículo 13 literal b) de la ley 100 de 1993, Decreto Reglamentario 692 de 1994 artículo 11, artículo 12 del Decreto 720 de 1994, SL 68852 de 2019 y la SL 1452, señalando que dentro de los hechos de la demanda no hubo manifestación del cumplimiento del requisito de procedibilidad tal como lo es la reclamación administrativa; que el derecho a la seguridad social es un derecho constitucional y con rango de derecho fundamental; que el traslado se realizó para el 2007; que la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado; que la obligación de los promotores de la seguridad social deben suministrar la información al afiliado durante toda la afiliación; que dentro del plenario obra el formulario por medio el cual se hace el traslado; que en dicho formulario aparece claramente consignada la información referente al derecho al bono pensional; que igualmente aparece anotado que se le explicaron o que corresponde a una manifestación libre y voluntaria sobre el régimen de transición y adicionalmente que fue informada sobre las diferencias entre uno y otro régimen; que el deber de información está a cargo de las AFP desde su creación y no puede alegarse que existió una manifestación libre y voluntaria cuando la persona desconoce sobre la incidencia de la decisión sobre sus derechos pensionales en contraste con una expresión genérica; que las AFP están obligadas a brindar información sobre las características de ambos regímenes e información clara y objetiva; que la razón de retornar a Colpensiones es porque no le promedian los 10 años; que ella conocía sobre los rendimientos; que al momento del traslado solo tenía 529 semanas cotizadas y su IBL era de un salario mínimo, y a juicio del a quo en ese momento si le convenía a la demandante trasladarse a Porvenir.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la **parte DEMANDANTE**, quien solicita se revoque en su integridad la sentencia recurrida señalando que el análisis que se hace del caso en concreto no resulta ser correcto ni acorde a los parámetros esgrimidos por la CSJ; que hay sentencias que son aplicables al caso como la SL3202 de 2020 y la SL 1689 de 2019 donde se ha reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente respecto a los procesos

de ineficacia del traslado; que la demandante manifestó que solo sabía que el ISS se iba a acabar y el fondo Porvenir debió informarle todas las características, es decir, el derecho de retracto, aportes voluntarios, rendimientos financieros, como se calculaba la mesada en el RAIS, que la pensión se puede heredar; que el valor de la pensión podría ser menor o que en todo caso tenía una prohibición para retornar al RPM cuando le faltaren 10 años o menos al cumplimiento de la edad; que no recibió ninguna asesoría; que no le explicaron cómo leer los extractos, ni las advertencias, ni el bono pensional, ni mucho menos un comparativo entre regímenes; que Porvenir no desvirtuó las afirmaciones o negaciones indefinidas por medio del interrogatorio; que quien tiene la carga de probar es el fondo Porvenir; que en el presente caso no se debe probar ningún vicio del consentimiento sino concentrarse en la información brindada; que el deber de información existe desde que nació el sistema pensional con la ley 100 de 1993; que se debe ilustrar al afiliado respecto de las características, condiciones y riesgos y esta debe ser clara, completa, veraz, comprensible y oportuna; que el formulario no es prueba ya que este solo da cuenta de una formalidad requerida tal como se ha pronunciado la CSJ frente al tema; que el solo formulario no da cuenta de que se le haya brindado la información suficiente; que la demandante manifiesta que conoce sobre algunas características posterior al traslado y recuerda que la información debe darse al momento del traslado no posteriormente y adiciona que la demandante no menciona por lo menos un ejemplo de diferencias entre regímenes.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Expuso que la sentencia de primer grado no se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la Honorable Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencial desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha, y cuyas decisiones hasta hoy uniformes, en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL 1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones sostuvo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y la AFP demandada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

6.3. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor señalando que le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación,

también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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 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 MARIELA VALENCIA QUEBRADA estuvo vinculada con el ISS desde el 07 de mayo de 1979 hasta el 31 de mayo de 2007 (anexo cont. Colpensiones, HL pág. 2) y posteriormente suscribió formulario de afiliación con Porvenir fechado de 11 de mayo de 2007 (pág. 31)(ED001), con fecha de efectividad el 01 de julio de 2007, 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 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 2007- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la

leyenda preimpresa en ese sentido, sin embargo, como lo ha indicado la CSJ desde la sentencia bajo el radicado N.º 31989 del 2008, la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo impone el art. 1603 del C.C.

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

Por tanto, la AFP 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 desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la a quo al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por el hecho de que la afiliada haya manifestado generalidades en el interrogatorio de parte, el cual, de ninguna manera constituyen confesión.

En el mismo sentido, la Sala observa que en ningún momento la demandante confiesa en su interrogatorio de parte el conocer aspectos relevantes del régimen al que pertenece en la actualidad, pues la actora fue consistente en manifestar que conoció de algunas características posteriormente a su traslado, específicamente en el año 2016 por una situación infortunada, situación que llevaba a la AFP a demostrar que en efecto brindó la información de manera particular e integral al actora al momento del traslado en el año 2007, presentándole todas las aristas de aquella decisión, pero nada de eso se encuentra acreditado, razón por la cual, se reafirma aún más la ineficacia por falta al deber de información.

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se debe indicar 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, la afiliada requiere para tomar decisiones la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha 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 y comisiones por parte de PORVENIR S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora), con destino a COLPENSIONES. Adicionalmente, la devolución se realizará debidamente indexada, y tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

Siendo necesario acotar que, los **conceptos de la Superintendencia Financiera** no son vinculantes, pues así lo ha aquilatado la CSJ desde vieja data: "*...las <interpretaciones> hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces* (Radicado 17784 de 2002). Ni tampoco es aplicable al presente caso el art. 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que no nos

encontramos frente a un traslado de régimen sino a una solicitud de ineficacia del traslado, por lo que se reitera que esta Sala acoge en su integridad la postura de la CSJ.

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

Excepción de prescripción

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

Impetración de Perjuicios

Finalmente, frente al punto de censura de la apoderada judicial de la actora, en lo atinente a la causación de perjuicios, no es procedente acoger tal pretensión en estas clases de procesos, pues la consecuencia de la ineficacia de traslado por falta de información es el retorno al régimen de prima media, situación a la que se accedió con las resultas del proceso, además de que en materia laboral salga adelante el reconocimiento de los perjuicios, el trabajador asume la carga de probar el daño irrogado y su magnitud, al igual que el nexo de causalidad existente con la acción u omisión de quien causó tal daño, elementos carentes de algún soporte acreditativo, más aún, que la ineficacia del traslado trae consigo el restablecimiento del status quo subvertido.

Conclusión

Corolario de lo anterior, se **REVOCARÁ** la sentencia proferida el 09 de julio de 2021, para en su lugar, declarar por esta Sala la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARIELA VALENCIA QUEBRADA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, en consecuencia, se ordenará a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar con destino a **COLPENSIONES**, las cotizaciones, bonos pensionales, gastos administrativos, porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, rendimientos e intereses se hubieren causado, sin que implique realizar deducción alguna y de manera indexada. Finalmente, se **ORDENARÁ** a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de la demandante, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros del fondo de pensiones codemandado.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y, a favor de la parte demandante, por haber sido la parte vencida en el presente proceso de conformidad con el artículo 365 del CGP. Las de primera deberán revocarse y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 9 de julio de 2021, por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la **INEFICACIA** de la afiliación de **MARIELA VALENCIA QUEBRADA** al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, realizada el 11 de mayo de 2007 a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo motivado.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales **MARIELA VALENCIA QUEBRADA**, nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, en consecuencia, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: CONDENAR a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, a trasladar con destino a la **COLPENSIONES**, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de **MARIELA VALENCIA QUEBRADA**, como cotizaciones, gastos administrativos, sumas adicionales de la aseguradora, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, con todos sus frutos, rendimientos e intereses, sin realizar deducción alguna y de manera indexada, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONDENAR a **COLPENSIONES** a reactivar la afiliación de **MARIELA VALENCIA QUEBRADA**, actualizar y corregir su historia laboral, en armonía con las consideraciones expuestas en esta sentencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de las demandadas. De las de primera instancia, se revocan y correrán a cargo de las demandadas. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

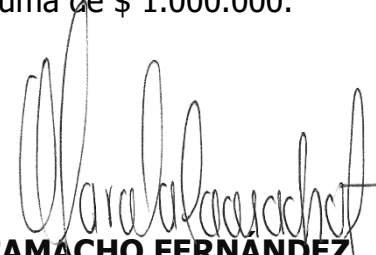


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **MARIELA VALENCIA QUEBRADA** y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones, Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de \$ 1.000.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANIBAL ZAPATA ROJAS
DEMANDADO: COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 110013105-023-2020-00368-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

**SENTENCIA
AUTO**

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. MARÍA ALEJANDRA BARRAGÁN COAVA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANIBAL ZAPATA ROJAS instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A con el fin de que se declare la nulidad del traslado y afiliación efectuada al RAIS; que se ordene el traslado de todas las cotizaciones y rendimientos financieros indexados al momento del traslado, incluyendo bonos pensionales, más las utilidades que reposan en la cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones; que se ordene a Colpensiones la activación de la afiliación del demandante; que se ordene a Colfondos S.A. al pago de las costas, gastos y agencias en derecho que se causen, y finalmente lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 28 de abril de 1961; que fue vinculado al ISS a partir del 11 de septiembre de 1979; que un promotor de Colfondos no le brindó la información suficiente para proceder con el traslado; que para el momento del traslado contaba con más de 800 semanas en el ISS; que le resulta más favorable la mesada que recibiría en Colpensiones que en Colfondos. Finalmente, que el 3 de octubre de 2019 radicó ante Colpensiones solicitud de traslado de régimen, pero le fue negado. (Pág. 1 a 6).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 5 a 6); 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 el traslado al RAIS fue de manera libre y voluntaria; que dentro del acervo probatorio no obra prueba alguna tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación; que se puede evidenciar la negligencia del demandante respecto a consultar su situación pensional; que la ignorancia de la ley no sirve de excusa; que un error de derecho no vicia el consentimiento; que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; que tener como afiliado al accionante sería una contravención del principio constitucional de la sostenibilidad financiera del sistema; que no tuvo ninguna injerencia en la decisión del demandante. Como excepciones propuso las que denominó imposibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, y la innominada o genérica. (Pág. 1 a 18)(ZIP Contestación de demanda).

3.2 AFP COLFONDOS S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que si brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa; que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento; que el formulario de afiliación se suscribió de manera libre y con su consentimiento expreso; que dicho acto es válido; que el demandante tiene una vinculación formal al RAIS hace más de 20 años; que dentro del plazo que las disposiciones legales le conceden para manifestar inconformidades o volver al RPMPD este no lo hizo; que siempre ha actuado con buena fe. Como excepciones propuso las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, 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 la de compensación y pago. (Fols. 1 a 12 Pdf contestación Colfondos)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de octubre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS; condenó a Colfondos a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto, dineros que se deberán volver de manera indexada desde la fecha de causación a la fecha de su pago; declaró que el demandante para efectos pensionales se encuentra afiliado al RPMPD; declaró no probadas las excepciones propuestas, y finalmente no condenó en costas a ninguna de las partes.

La decisión del juez tuvo sustento en el artículo 13 y 271 de la ley 100 de 1993; el artículo 1604 del Código Civil y las sentencias SL31989 de 2008, SL4989 de 2018, SL1452 de 2019 y SL1688 de 2019, señalando que la libertad de escogencia debe ser libre e informada; que las AFP tienen una obligación de carácter profesional; que la AFP debió brindar la información suficiente para que el demandante pudiera tomar la

decisión de realizar el traslado; que no es necesario que el demandante sea beneficiario del régimen de transición; que se le debieron explicar las características y diferencias de cada uno de los regímenes para realizar una comparación; que cuando no se brinda la información necesaria y suficiente el acto se vuelve ineficaz; que la AFP no allegó ningún elemento probatorio que diera fe de que le brindó la información necesaria al demandante; que la carga de la prueba se invierte a favor del demandante; que del interrogatorio de parte no se puede establecer una confesión; que el hecho de que el demandante se desempeñe en un campo financiero no quiere decir que este tenga el conocimiento de los regímenes.

Conforme lo anterior, decidió declarar la ineficacia del traslado y ordenar a la AFP Colfondos S.A. devolver a Colpensiones todos los dineros recibidos con ocasión a la afiliación del demandante, junto con los rendimientos, sin descontar gastos de administración ni por ningún otro concepto. Finalmente, adujo no es dable dar aplicación a la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, quien señaló que no es procedente declarar la nulidad o la ineficacia del traslado ya que se encuentra inmerso en la prohibición de la ley 797 de 2003; que no es posible aplicar la sentencia SU 062 de 2010; que el demandante no es beneficiario del régimen de transición; que el demandante suscribió el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria; que la acción de selección del régimen pensional implica la aceptación de las condiciones propias del régimen; que para la data en que aconteció el traslado solo era necesario suscribir el formulario de afiliación para acceder a todos los beneficios con los que cuenta el RAIS; que como deber del consumidor financiero el demandante debió indagar por su derecho pensional e indagar qué régimen le resultaría más beneficioso. En síntesis, solicita sea absuelto Colpensiones de todas y cada una de las condenas.

7. Alegatos de conclusión.

7.1. Colpensiones. Alegó en su favor que no se encuentra demostrado ningún vicio del consentimiento que determinara la declaratoria de nulidad de traslado, en el entendido que el actor, manifestó que por voluntad propia suscribió y firmó el formulario de afiliación de su traslado inicial al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. Expuso que el demandante fue quien por voluntad propia decidió trasladarse de régimen pensional cuando suscribió y firmó formulario de afiliación, de igual forma lo ratifica cuando ha permanecido dentro del régimen de ahorro individual por más de 15 años, subsanando cualquier error dentro de la afiliación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en 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 el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor ANIBAL ZAPATA ROJAS, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 17 de marzo de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1998, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (Pág 19 a 22)(ZIP contestación demanda) y que se encuentra vinculado con la AFP COLFONDOS S.A. desde el 30 de diciembre de 1998 tal y como aparece en la certificación expedida por Colfondos (Fol 12)(ED demanda), 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 el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que es equívoca la postura de las AFP al considerar, desde la óptica de los vicios del consentimiento, que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte

actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier situación, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha 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 y comisiones por parte de COLFONDOS S.A, (durante el tiempo de permanencia del actor en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, por ende, habrá de confirmarse a la sentencia. Adicionalmente, se confirmará que tales conceptos, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, como lo fulminó el a quo, y tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de octubre de 2021 por el Juzgado 23 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

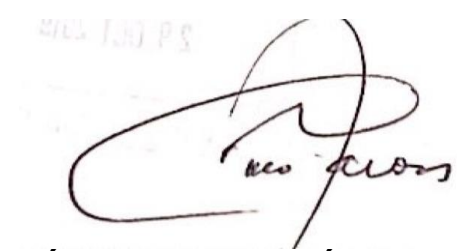
SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se confirman.
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

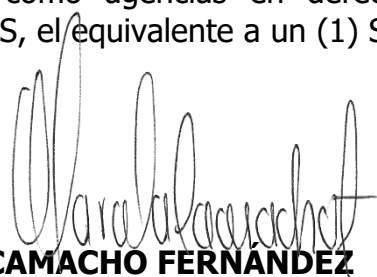


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: MARIA YAMILE BOLÍVAR SABOGAL.
DEMANDADO: COLPENSIONES, y PORVENIR S.A.
RADICACIÓN: 110013105-005-2019-00437-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. MARIA YAMILE BOLIVAR SABOGAL instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, y PORVENIR S.A. con el fin de que se declare la ineficacia del traslado al RAIS; que se declare que la AFP Porvenir S.A. incurrió en omisión en el deber de información; que se declare que la demandante debe estar afiliada al RPMPD; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a trasladar los aportes cotizados al RAIS; que se condene a Colpensiones a aceptar dichos aportes y a registrar a la demandante como su afiliada sin solución de continuidad y finalmente que se condene a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS desde el 01 de abril de 1982 cotizando 869 semanas; que para 1999 se trasladó a la AFP Porvenir S.A.; que dicha AFP no le brindó la información suficiente para que ella tomara la decisión; que antes de cumplir 47 años ella se acercó a la AFP y allí le informaron que en cualquier momento se podría trasladar a Colpensiones; que a la presentación de la demanda cuenta con más de 1.627 semanas cotizadas; que el 27 de enero de 2010 solicitó a la AFP Porvenir S.A. el traslado a Colpensiones, y el 05 de febrero de 2010 lo hizo ante Colpensiones, pero le fue negado por no cumplir con los requisitos para ello.

(pág. 1 a 16)(ED 001).

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

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que la demandante efectuó el traslado al RAIS de manera libre y voluntaria; que el contrato de afiliación es plenamente válido; que el contrato no se

encuentra inmerso en ninguna causal que conlleve a la nulidad o ineficacia; que no tuvo injerencia en la decisión de la demandante; que el traslado afecta a los intereses de Colpensiones y la descapitalización del fondo; que pone en riesgo las pensiones de aquellas personas que han cotizado al RPMPD; que ha actuado en estricto cumplimiento del orden legal. Como excepciones de fondo propuso las que denominó validez de la afiliación al RAIS, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, falta de causa para pedir, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, saneamiento de la nulidad alegada, buena fe, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inobservancia del principio constitucional desarrollado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, compensación y la innominada o genérica. (Fols. 76 a 99).

3.2 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones señalando que el traslado goza de plena validez; que esta le brindó la información suficiente para que la demandante tomará la decisión libre y voluntariamente; que el traslado se configuró bajo los presupuestos legales vigentes y revisten validez; que la voluntad de la demandante se ha ratificado al mantenerse en el RAIS por más de 20 años; que la demandante no presentó descontento alguno; que se le indicó que si bien se podía pensionar a la edad que escogiera esto dependería de su capital acumulado y se le brindó la información suficiente para que tomara la decisión; que solo hasta la expedición del Decreto 2555 de 2010, el Decreto 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015 las AFP adquirieron en su cabeza la obligación de asesoría e información para los afiliados y el público en general; que la demandante pudo validar en cualquier momento la información entregada y demás aspectos contenidas en la ley 100 de 1993; que la demandante debe acreditar la existencia de un vicio del consentimiento; que no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo; que la devolución de los rendimientos financieros desborda los efectos de la ineficacia de conformidad con la sentencia SL3201 de 2018; que los rendimientos financieros son privativos del RAIS. Como excepciones propuso las que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (pág. 135 a 165).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de octubre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuado por la demandante; ordenó a la AFP Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral, y finalmente condenó en costas a la AFP Porvenir S.A.

La decisión del Juez tuvo sustento en la sentencia SL345 del 2019; el Decreto 720 de 1994 y en acoger la línea jurisprudencial de la CSJ Sala Laboral, señalando que la carga de la prueba le corresponde a la AFP; que se debe demostrar que para el momento del traslado se le haya brindado información suficiente para que la demandante tomara la decisión; que no es necesario que la demandante sea beneficiaria del régimen de transición ya que al momento del traslado tenía un volumen considerable de semanas cotizadas; que del interrogatorio de parte no se desprende ninguna confesión; que hubo un engaño permanente y distorsión de la realidad por lo cual la demandante se mantuvo en el RAIS; que no acoge la tesis de la ineficacia por existir vacíos frente a sus consecuencias por lo que acoge la tesis de la nulidad.

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

5.1 COLPENSIONES.: Interpuso recurso de apelación señalando que no tuvo injerencia en la decisión tomada por la demandante; que la demandante debió procurar la información e indagar bajo qué régimen deseaba seguir afiliada; que debe ser el fondo privado quien asuma el estudio y el reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el RPMPD; que se encuentra vinculada al proceso de forma residual; que el efecto de la nulidad no puede ser endilgado a Colpensiones; que es sobre el fondo privado quien recae el deber de información y no al ISS; que de ser confirmada la sentencia se debe garantizar el reintegro total de las cotizaciones teniendo en cuenta todos los recursos de la cuenta individual de ahorro, cuotas abonadas al fondo de garantía pensional, los rendimientos, bonos pensionales, seguros previsionales y cuotas de administración; que se tenga en cuenta el principio de la relatividad jurídica y finalmente que los actos jurídicos tienen efecto inter partes, por lo que solicita se revoque en su totalidad el fallo de primera instancia.

5.2 PORVENIR S.A.: Interpuso recurso de apelación señalando que la vinculación de la demandante con la AFP es válida y eficaz; que el formulario de afiliación era lo único que se exigía para que la afiliación fuera válida; que de conformidad con el artículo 112 de la ley 100 de 1993 no podía rechazar la vinculación de la demandante; que en el presente caso no hubo ninguna distorsión en el consentimiento o indebida información; que para 1999 la actora recibió toda la información suficiente; que en concordancia con el principio retroactivo de la norma no pueden ser exigidos deberes que nacieron con posterioridad; que se le dé el valor probatorio que merece el formulario de afiliación; que no es justo que se obligue a los fondos privados a que entren a probar el deber de información para dicho momento; que la decisión de permanencia en el RAIS ha sido ratificado por el transcurso del tiempo; que la inconformidad de la demandante es con el valor de la mesada pensional; que para dicha época era imposible determinar si iba a lograr o no una mesada pensional por lo que solicita sea revocada la sentencia de primera instancia en su integridad.

6. Alegatos de Conclusión.

6.1. Colpensiones. Sostuvo que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la aquí demandante al Régimen de Ahorro _individual - RAIS realizado inicialmente en el mes de septiembre del año 1999 a la AFP PORVENIR S.A., toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que desde el inicio se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria teniendo como cierto el formulario de afiliación en el cual señala todas las ventajas y desventajas de este régimen y las cuales fueron aceptadas por la actora, ya que no se evidencia el derecho de retracto por inconformidad alguna y sí guardó silencio por más de 20 años en pro de aceptación de la información brindada por parte del asesor del fondo privado, tiempo en el cual ha estado afiliada al RAIS ininterrumpidamente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? En caso positivo, se abordarán los siguientes **problemas jurídicos secundarios**: (i) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (ii) ¿La falta de información se sana por el transcurso del tiempo?; (iii) ¿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 declaró 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, por lo que, habrá de modificarse la decisión de instancia en este tópico, pues el a quo declaró la nulidad, debiendo declarar la ineficacia del acto de traslado.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora MARIA YAMILE BOLIVAR SABOGAL, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 01 de abril de 1982, con cotizaciones hasta el 31 de octubre de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 38 a 42) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. con fecha del 20 de octubre de 1999 (Fol. 57 y 190), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral de cotizaciones.

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

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

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar al demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún

a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier situación, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

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

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

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

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

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

Excepción de prescripción

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

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

COSTAS

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

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: MODIFICAR el NUMERAL PRIMERO de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por la señora MARÍA YAMILE BOLIVAR SABOGAL a través de PORVENIR S.A."

SEGUNDO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 28 de octubre del 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR 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 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.

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

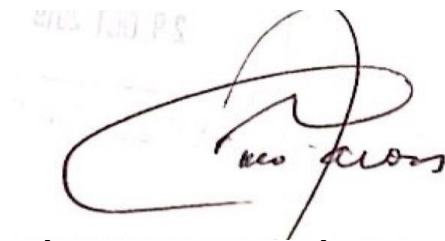
CUARTO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de COLPENSIONES y PORVENIR S.A.. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: JAIME BARRERA MORALES
DEMANDADO: COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.
RADICACIÓN: 110013105-018-2018-00495-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. JAIME BARRERA MORALES instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES y COLFONDOS S.A con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación en pensión al RAIS efectuada a través de Colfondos S.A; que en consecuencia se declare sin efectos jurídicos dicha afiliación; que se declare como única afiliación válida al SGP la efectuada en el RPMPD; que se ordene a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con motivo de la afiliación del demandante; que se ordene a Colpensiones a reconocer, liquidar y pagar la pensión del demandante; que se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y finalmente que se condene a lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 22 de noviembre de 1957; que inició cotizaciones en el ISS el 21 de noviembre de 1980, donde permaneció hasta el 30 de agosto de 1995; que previo a la suscripción del formulario y durante el trámite de la afiliación, jamás la AFP Colfondos S.A. le informó al demandante sobre las ventajas y bondades a permanecer en el RPMPD; que el asesor le realizó una proyección pensional y esta arrojó una cuantía superior a la que resultaría en el RPMPD; que acredita 1467 semanas cotizadas; que cumplió 62 años el 22 de noviembre de 2018; que el 04 de agosto de 2017 solicitó a Colfondos la anulación de la afiliación y el 01 de septiembre de 2017 le fue rechazada; que el 15 de septiembre de 2017 solicita el traslado de régimen pensional a Colpensiones y le fue negada; que la mesada pensional que recibiría en el RAIS es inferior a la que recibiría en el RPMPD y finalmente que durante su vida laboral ha presentado continuidad en sus aportes y cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones. (fols. 1 a 24).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 83); 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 la totalidad de pretensiones señalando que el traslado se dio de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas; que no influyó en la decisión del actor de trasladarse de régimen; que dicho traslado es válido y no existe causa para que se sancione a esta entidad por lo que solicita se condene al demandante; que la afiliación que se encuentra vigente es con la AFP Colfondos; que no le asiste derecho al demandante al solicitar se condene al pago de costas; Como excepciones de fondo propuso las que denominó inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica. (Fols. 86 a 95).

3.2 AFP COLFONDOS S.A. Presentó contestación a la demanda con oposición a la totalidad de las pretensiones señalando que el traslado obedeció al ejercicio de la autonomía de la voluntad; que fue una decisión libre, espontánea, informada y sin presiones; que Colfondos capacita a sus asesores de manera profesional para que estos puedan transmitir la información completa y suficiente; que la afiliación con esta AFP fue válida; que no existieron vicios del consentimiento en la afiliación; que no se encuentran acreditados los presupuestos para fallar ultra o extra petita. Como excepciones propuso las que denominó validez de la afiliación al RAIS con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe, prescripción, y la innominada o genérica. (Fols. 122 a 130) (sub 142)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de octubre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS a través de la AFP Colfondos; declaró que para todos los efectos legales el demandante nunca se trasladó al RAIS y en consecuencia siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a Colfondos a trasladar a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante como cotizaciones, bonos pensionales, todos sus frutos e intereses, rendimientos, sin efectuar deducción alguna por concepto de gastos de administración; ordenó a Colpensiones a reactivar la afiliación del demandante y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros por Colfondos S.A., declaró no probada la excepción de prescripción y se abstuvo de condenar en costas.

La decisión del Juez tuvo sustento en el artículo 271 de la ley 100 de 1993; el numeral 1 del artículo 97 del Decreto 663 de 1993; las sentencias SL 12136 de 2014, SL31989 de 2008, SL1688 de 2019, SL46292 de 2017, SL4694 de 2018, SL4989 de 2018 y la SL1421 de 2019, señalando que se debe brindar una información transparente; que la selección de cualquiera de los dos regímenes debe ser libre y voluntaria por parte del afiliado; que se debe presuponer que saben a plenitud la totalidad de consecuencias de dicha decisión; que el consentimiento informado no se puede predicar cuando la persona desconoce la incidencia que puede tener sobre sus prestaciones pensionales; que las AFP deben dar a conocer a los usuarios en un lenguaje claro, simple, y comprensivo de los elementos y condiciones de ambos regímenes; que la elección de régimen debe darse después de comprender a plenitud las consecuencias; que el deber de información comprende todas las etapas del proceso; que el potencial afiliado debió tener elementos de juicio suficientes para tomar la decisión de trasladarse de régimen; que el traslado de régimen debe ser precedido de la ilustración de cada uno de los regímenes en los riesgos, consecuencias, ventajas, desventajas, condiciones de acceso y características; que desde la expedición de la ley 100 de 1993 las AFP tienen el deber de información; que la violación del deber de información puede darse si el afiliado

tiene un derecho consolidado o no, está pronto a acceder a la prestación o no, o si es beneficiario del régimen de transición o no; que las leyendas preimpresas en el formulario solo acreditan el consentimiento pero no informado y no acreditan el cumplimiento del deber de información; que la carga de la prueba está en cabeza de las AFP; que la AFP debe trasladar a Colpensiones los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, frutos e intereses, sin deducción alguna por gastos de administración y comisiones y finalmente que no puede aplicarse el fenómeno de la prescripción.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por **COLPENSIONES**, señalando que el demandante no demostró la existencia de algún vicio del consentimiento; que el traslado se realizó con plena voluntad del cotizante; que fue el demandante quien decidió suscribir el formulario, manifestando su voluntad; que dicha decisión se vio ratificada con su permanencia en el RAIS por más de 10 años; que la elección del régimen es libre y voluntario; que por razones financieras y de estabilidad en el sistema pensional se limitó el derecho de traslado cuando le faltaren 10 años o menos para alcanzar la pensión; que el demandante deberá demostrar la pérdida de un tránsito legislativo o la frustración de una expectativa legítima; que el demandante no demostró vicio del consentimiento o asalto de la buena fe en el momento de la afiliación al RAIS y que se debe tener en cuenta que quien alega es quien debe probar.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Expuso que el fondo de pensiones accionado, quien tenía la carga dinámica de la prueba, no allegó documental alguna en la contestación de la demanda, que dé cuenta que no se vició el consentimiento. Si bien es cierto, en juicio a través del interrogatorio contestó de sus publicaciones a nivel nacional y que jamás utilizaron la fuerza para que el demandante firmara esta vinculación o afiliación, que esta fue libre, espontánea y sin ningún constreñimiento, la firma estampada en este no es suficiente para dar la validez, más cuando jamás se brindó una asesoría completa con un personal profesional en tema de pensiones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, y se estudiará en consulta en 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 el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor JAIME BARRERA MORALES, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 21 de noviembre de 1980, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1995, conforme aparece en la historia laboral expedida por COLPENSIONES (fol. 55) y que suscribió formulario de afiliación ante COLFONDOS S.A. el 14 de agosto de 1995 (Fol 41), donde se encuentra actualmente afiliado, según su historia laboral de cotizaciones (Fol 44 a 51) •

Carga probatoria y deber de información

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

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

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

clara y suficiente, ya que un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

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

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda 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 SL2324-2019 al reiterar la sentencia bajo el radicado N.º 33.083 del 2011, que por la doctrina se han elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de transparencia, vigilancia y el deber de información; éste último –información- debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

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

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de COLFONDOS S.A, (durante el tiempo de permanencia del actor en esta AFP), con destino a COLPENSIONES.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, si bien congloba de manera expresa el concepto de gastos de administración, debe acotarse que respecto a las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora, a pesar de que son mencionadas en las consideraciones, no fueron detalladas expresamente en la parte resolutive y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

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

Además se debe precisar que, efectivamente en el RPMPD también se hacen descuentos por concepto de **gastos de administración**, sin embargo, esto no exonera a la AFP 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, 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: PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 14 de octubre del 2021, la **ORDEN** a la AFP COLFONDOS (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, las **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 en mención, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

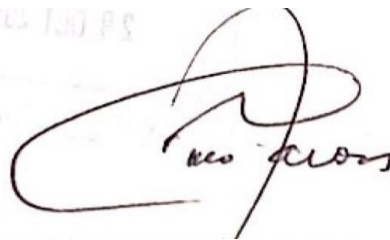
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE: ANA MARÍA PATRICIA ÁLVAREZ DE LA OSSA
DEMANDADO: COLPENSIONES, PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A Y OLD MUTUAL S.A.
RADICACIÓN: 110013105-030-2019-00040-01
ASUNTO: APELACIÓN y CONSULTA SENTENCIA
TEMA: INEFICACIA TRASLADO

Bogotá D.C, treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. WINDERSON JOSÉ MONCADA RAMÍREZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. ANA MARIA PATRICIA ALVAREZ DE LA OSSA instauró demanda ordinaria contra COLPENSIONES, PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A y OLD MUTUAL S.A. con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación por traslado de régimen pensional de la demandante con la AFP Colpatria SA, posteriormente Horizonte, hoy Porvenir SA, la AFP Skandia SA, Porvenir SA y Colfondos SA; que en consecuencia se deben remitir todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones por lo que la afiliación al RPMPD quedaría vigente; que se condene a la AFP Old mutual SA a trasladar todos los aportes efectuados por la demandante junto con sus rendimientos y así mismo a realizar todas las gestiones ante Colpensiones para efectuar el traslado de aportes; que se condene al pago de costas del proceso y lo extra y ultra petita; como pretensiones subsidiarias solicitó se declare la ineficacia de la afiliación por traslado de régimen pensional de la demandante con la AFP Colpatria posteriormente Horizonte, hoy Porvenir SA al RAIS; que se declare la ineficacia del traslado entre fondos de la demandante con las AFP Skandia SA, Horizonte SA, hoy Porvenir SA y Colfondos SA; que se declare que con ocasión a la ineficacia del traslado se remitan todos los aportes junto con sus rendimientos a Colpensiones por cuanto la afiliación de la demandante al RPMPD queda vigente; que se condene a la AFP Old Mutual SA a remitir todos los aportes efectuados por la demandante junto con todos sus rendimientos a Colpensiones y finalmente que se condene a Colpensiones a efectuar todos los trámites para recibir los aportes de la demandante como consecuencia de la declaratoria de ineficacia.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 25 de diciembre de 1959 y a la fecha de presentación de la demanda cuenta con 58 años de edad; que se afilió al ISS el 15 de julio de 1987; que a mediados de julio de 1998 se trasladó a Colpatria, bajo el argumento de que esta AFP estaba respaldada por la seguridad del Banco Colpatria, y que existía un peligro de permanecer vinculados al ISS ya que el monto sería demasiado bajo a la pagada por un fondo; que para el año 2000 la AFP Horizonte SA, absorbió mediante fusión a la AFP Colpatria; que en julio del 2002 se trasladó a Old Mutual, hoy Skandia SA; que ante el incumplimiento de la AFP para reclamar su bono ante el ISS y la falta de acompañamiento en los compromisos decidió posteriormente trasladarse a Horizonte, hoy Porvenir SA; que en diciembre de 2008 decide trasladarse a Skandia S.A; que en el año 2013 decide trasladarse a la AFP Colfondos SA; que para el 2016 se traslada a la AFP Old Mutual SA teniendo 56 años de edad y bajo el motivo de que en esta AFP tendría mejores rendimientos; que no se le informó sobre el término para poder retornar al RPMPD, las diferencias entre ambos regímenes, la comparación entre el fondo común del RPMPD y la cuenta individual, las modalidades pensionales o la existencia o no de beneficiarios de la pensión en caso de fallecimiento; que el 27 de septiembre de 2018 solicitó a Colpensiones el traslado de régimen y fue negada indicándole la imposibilidad de trasladarse de régimen; que se acercó a la AFP Old Mutual, hoy Skandia SA para solicitar una simulación pensional, la cual arrojó que tendría una tasa de reemplazo del 36%; que en el RPMPD tiene cotizadas un total de 492.57 semanas y en el RAIS un total de 994 semanas con corte de junio de 2018, y finalmente que en el RPMPD obtiene una tasa de reemplazo equivalente al 64.99%. (fols. 64 a 80 y 257 a 281).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (fol. 108); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1 COLPENSIONES. Presentó contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones señalando que no se le vulneró el derecho a la información ya que el asesor brindó toda la información a la demandante; que respeto el derecho de libre escogencia de la demandante; que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición; que las documentales llevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante fue de manera libre y voluntaria; que el asesor del fondo privado brindó la totalidad de información clara y precisa respecto de los actos jurídicos que le acarrearía el trasladarse de régimen; que le corresponde a la demandante desvirtuar la buena fe del fondo de pensiones; que el traslado goza de plena validez y el vicio alegado debe ser probado; que el desconocimiento de la ley no sirve como excusa; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la ley 797 de 2003; que se estaría generando un detrimento y descapitalización de Colpensiones; que en caso que se declare la ineficacia o nulidad del traslado se traslade todo lo ahorrado junto con sus rendimientos y gastos de administración; que el vicio en el consentimiento no conlleva a la declaratoria de ineficacia. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (Fols. 131 a 140 y 361 a 370).

3.2 AFP SKANDIA S.A. Contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, con fundamento en que esta la recibió de un traslado de Colfondos SA por lo que la demandante ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS; que de acuerdo con la ley la selección de régimen es libre y voluntaria por parte del afiliado; que al trasladarse la demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias

del régimen; que al momento de la vinculación de la demandante se realizó de conformidad con las normas y condiciones propias del RAIS; que el traslado no fue directamente con Old Mutual sino con Skandia SA y ha presentado 4 vinculaciones y/o vigencias con Skandia SA; que la afiliación a Old Mutual no obedeció a un cambio de régimen sino a un traslado dentro del RAIS; que no basta con citar o invocar vicios de consentimiento, sino que se debe explicar y probar en qué consiste cada uno de ellos; que actuó de buena fe y con sujeción a la ley. Propuso como excepciones de fondo la de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica (Fols. 145 a 166 y 293 a 323).

3.3 PORVENIR S.A. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que no existe presupuesto de hecho ni de derecho para conceder las pretensiones o condenas en su contra; que la información suministrada a la demandante se encuentra acorde con las disposiciones legales y por la SIF; que la demandante tomó una decisión informada y consciente; que con su firma en el formulario dejó constancia expresa de su escogencia libre, espontánea y sin presiones al RAIS. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa, y la innominada o genérica. (fols. 225 a 233 y).

3.3 AFP COLFONDOS S.A. Presentó contestación de la demanda con oposición a la totalidad de pretensiones de la demanda manifestando que no incurrió en ningún vicio del consentimiento; que la decisión de la actora fue libre de cualquier vicio del consentimiento, debidamente informada; que la decisión de permanecer en el RAIS fue ratificada por la actora al trasladarse a COLFONDOS S.A.. Propuso como excepciones de fondo las que denominó validez de la afiliación con Colfondos, inexistencia de la obligación en cabeza de Colfondos S.A., buena fe, prescripción, y la innominada o genérica (Fols. 245 a 252 y 371 a 379)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de mayo de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró nulo e ineficaz el traslado de régimen de la demandante del ISS a la AFP Colpatria, hoy Porvenir SA; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD; condenó a Old Mutual SA a devolver a Colpensiones todos los valores de la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración debidamente indexados, durante el tiempo de permanencia en dicho fondo y los periodos adicionales; condenó a Porvenir SA a devolver los costos cobrados por concepto de administración durante el tiempo que permaneció en dicho fondo; condenó a Colfondos SA a devolver los costos cobrado por concepto de administración durante el tiempo que permaneció la demandante; ordenó a Colpensiones a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante actualice la información en su historia laboral para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas; condenó en costas a Old Mutual SA, Porvenir SA y Colfondos SA, absteniéndose de imponer costas a Colpensiones.

La decisión del Juez se basó en el artículo 48, 53, 230 de la Constitución Política; el artículo 13, 36, 59, 13 y 271 de la ley 100 de 1993; el Decreto 692 de 1994; el Código Civil desde su artículo 1502 a 1742; artículo 60 y 61 del Código Procesal Laboral; artículos 164, 167 y 365 del Código General del Proceso; la ley 797 de 2003; Acto Legislativo 01 de 2005; SL 12136 de 2014, SL 1688 de 2019, señalando que la demandante no cumple con los requisitos para ser beneficiaria del régimen de

transición; que no hizo la solicitud de retorno antes de los 10 años anteriores al cumplimiento de la edad; que el consentimiento debe estar exento de vicios; que el dolo en materia civil es diferente al dolo en materia penal; que no existe una manifestación libre y voluntaria si la persona no conoce la incidencia de las consecuencias en su situación pensional; que la ineficacia se da por el incumplimiento de una determinada condición; que la nulidad se declara de oficio mientras que la ineficacia opera de pleno derecho; que se observa dolo por parte de la AFP en la primera vinculación y no actuó con cuidado; que se debe examinar la situación de la primera vinculación; que no obra prueba que se le haya brindado una información completa y veraz; que el incumplimiento inicial no se convalida con otros traslados dentro del mismo régimen por lo que los posteriores son inválidos; que no hay ratificación por permanencia; que Old Mutual, hoy Skandia debe devolver a Colpensiones los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos y gastos de administración durante el tiempo de permanencia debidamente indexados y ser asumidos de su propio patrimonio; que Colfondos, Porvenir y Old mutual deben devolver los gastos de administración y finalmente que la prescripción no es procedente por tratarse de derechos imprescriptibles.

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

5.1 PORVENIR SA.: Interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad la sentencia proferida por el a quo manifestando que en su momento la AFP Colpatria entidad que fue absorbida por Porvenir SA le brindó información completa y veraz a la luz de la ley 100 de 1993; que la demandante firmó el formulario de afiliación de forma libre y voluntaria e informada; que el dolo debe ser probado; que la demandante ha generado traslados horizontales y ha permitido los descuentos con destino al fondo común; que la voluntad de la parte actora es de permanecer en el RAIS; que el artículo 1742 y 1743 prevén el saneamiento por el paso del tiempo o por ratificación; que el fallador no manifiesta cual es el documento idóneo para demostrar que efectivamente ha estado o estuvo válidamente afiliada, además que no existe ningún tipo de inconformidad; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición legal que establece la ley 797 de 2003; que conforme a la sentencia C 1024 del 2004 se puso el interés general por encima del particular con protección del sistema general de pensiones; que no se tuvo en cuenta el principio de estabilidad financiera en el RAIS; que se evidencian múltiples traslados dentro del RAIS; que fue la demandante que por un consejo de su hermano decidió trasladarse; que en el RPMPD también se destina un 3% de cotización a financiar gastos de administración; que dichos emolumentos no forman parte integral de la pensión de vejez por lo que estos se encontrarían prescritos; que la SIF en varios conceptos ha manifestado que en los eventos de presentarse la nulidad o ineficacia los únicos dineros a trasladar son los rendimientos y la cuenta de ahorro individual y finalmente que al momento de la absorción de Colpatria y Horizonte por Porvenir los dineros por gastos de administración no pasan a esta última ni como activo ni como pasivo.

5.2 OLD MUTUAL, HOY SKANDIA S.A.: Interpuso recurso de apelación parcial frente a lo concerniente a los gastos de administración señalando que estos tienen una fuente legal, que en concordancia con la ley 100 de 1993 y el Decreto 3995 de 2008 frente a los traslados entre regímenes estas deben trasladar solo el saldo de la cuenta de ahorro individual; que la SIF ha señalado que en los casos que se de la nulidad o la ineficacia procede el traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual del afiliado y sus rendimientos; que no es posible reintegrar las sumas por concepto de comisión

de administración ya que estos fueron destinados a sufragar la gestión realizada por el fondo para generar esos rendimientos; que si bien el derecho a la pensión es imprescriptible esto no es aplicable a los gastos de administración; solicita que se le exonere de las costas y agencias en derecho señalando que no fue con esta con quien se realizó la primera afiliación; que las costas y agencias en derecho son elevadas; que la obtención del traslado de régimen faltando 10 años o menos para adquirir el derecho a pensión debe hacerse sólo de manera judicial; que de acuerdo con la sentencia con radicado 68852 se debe estudiar el incumplimiento del deber de información acorde al momento histórico en el que se presentó; que ha actuado de buena fe y lealtad.

5.3 COLFONDOS S.A.: Interpone recurso de apelación parcial frente a la condena de devolución de cuotas de administración durante el periodo de afiliación y frente a la condena en costas, señalando que los gastos de administración también son cobrados por parte de Colpensiones en un 3%; que dichos gastos tienen una fuente legal que no ha sido derogada, modificada o cambiada por el legislador; que estas sumas ya fueron destinadas conforme lo establece la ley por lo que ya no cuentan con esos valores; que es procedente las restituciones mutuas conforme al artículo 1746 del Código Civil; que si la finalidad es devolver las cosas a su estado anterior entonces le corresponde mantener los frutos, intereses y rendimientos de la cuenta de ahorro individual por cuanto se debe hacer la ficción que esto nunca ocurrió; que frente a la condena en costas estas deben seguir la misma suerte de Colpensiones ya que la actora si recibió asesoría completa por parte de Colfondos; que cuando la actora realizó el traslado con este fondo también se encontraba inmersa en la prohibición de trasladarse de régimen y tampoco estaba en posición de rechazarla. Finalmente señala que el valor de las costas y agencias en derecho son demasiado elevadas.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. No presentó alegatos de conclusión dentro del término concedido en providencia anterior, toda vez que en el correo electrónico remitido a este Tribunal no contiene el escrito que se aduce como contentivo de sus alegaciones.

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

6.3. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor señalando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz. Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por PORVENIR S.A., OLD MUTUAL, hoy SKANDIA SA y COLFONDOS SA, 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) ¿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 del demandante? y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

Ineficacia del traslado de régimen - no nulidad del traslado

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

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora ANA MARIA PATRICIA ALVAREZ DE LA OSSA, se afilió al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 15 de julio de 1987 hasta el 30 de junio de 1998 conforme la historia laboral aportada por Colpensiones (Fol 39); que el 24 de junio de 1998 se trasladó a Colpatria (Fol. 236); que el 22 de mayo de 2002 suscribió formulario con Skandia (Fol 284); que posteriormente, suscribió formulario con fecha 10 de diciembre de 2002 con destino a Horizonte, hoy Porvenir S.A. (Fol. 62); seguidamente, el 29 de octubre de 2008 se trasladó a Skandia S.A. (Fol 178); que suscribió formulario con Horizonte con fecha 26 de junio de 2009 (Fol 63); que suscribió formulario con Skandia SA con fecha 17 de junio de 2011 (Fol 179); que suscribió formulario con Colfondos con fecha 27 de febrero de 2013 (Fol 253) y finalmente que suscribió formulario con Old Mutual SA de fecha 18 de agosto de 2016 (Fol 180), entidad donde actualmente se encuentra 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 a la afiliada en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

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

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda 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, las AFP demandada sí estaban en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarla como potencial afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la pasiva al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier hecho o circunstancia, pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

Saneamiento de la ineficacia ante el transcurso del tiempo

Se le debe indicar a las AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene 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.

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 COLPATRIA, hoy PORVENIR S.A. en el año 1998, 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 24 de junio de 1998, queda sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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 el accionante a ésta a fin que reposen en la historia laboral de la administradora de pensiones Colpensiones, quien está en la obligación de activarlo en el régimen de prima media con prestación definida, conforme a lo considerado por la CSJ en la sentencia SL4360 de 2019.

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

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

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

por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021).

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

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

(...)

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

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

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, sí se hizo extensiva la condena a COLPATRIA, HORIZONTE que fueron absorbidas por PORVENIR S.A., la misma PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A., y OLD MUTUAL, hoy SKANDIA S.A.; no obstante, se deja por fuera de manera expresa las comisiones o sumas adicionales de la aseguradora y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem. Adicionalmente, se confirmará que tales conceptos, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, como lo fulminó el a quo, y tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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

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

Excepción de prescripción

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., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL, hoy SKANDIA SA y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman su imposición, ello teniendo en cuenta el artículo 365, numeral 1° por ser parte vencida en el proceso y haber presentado férrea oposición, ya en lo que tiene que ver con el monto de las mismas, el cual consideran excesivas, acota la Sala que no es la oportunidad procesal para su confrontación, de conformidad con lo establecido en el numeral 5° del artículo 366 *ejusdem*.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al NUMERAL TERCERO, CUARTO y QUINTO de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de mayo del 2021, la **ORDEN** a la AFP OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA S.A., COLFONDOS y PORVENIR 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 los referidos numerales, las **comisiones o sumas adicionales de la aseguradora** de manera íntegra, **los cuales deberá asumir de sus propias utilidades**, sin que haya lugar a deducir alguna comisión o realizar descuentos a las cotizaciones, de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor del demandante y a cargo de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL, hoy SKANDIA 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



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., y OLD MUTUAL hoy SKANDIA 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: HÉCTOR GARAVITO TORRES
Demandada: COLPENSIONES
Radicación: 22-2020-00121-01
Tema: APELACIÓN SENTENCIA DEMANDADA- INDEMNIZACIÓN
SUSTITUTIVA DE PENSIÓN - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Héctor Garavito Torres, instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, con el propósito de que se declare que tiene derecho al pago de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en consecuencia se condene a la enjuiciada a reconocer y cancelar dicha prestación, debidamente indexada, junto con las costas procesales y lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que laboró en varias empresas privadas, cotizando al sistema pensional administrado por el Instituto de Seguros Sociales un total de 771.43 semanas. Señaló que en forma alterna laboró y cotizó al Magisterio Oficial Colombiano, entidad que le reconoció pensión vitalicia por invalidez mediante Resolución No. 1531 del 12 de abril de 2010, además, que Cajanal a través de la Resolución No. 09723 del 6 de marzo de 2008, reconoció una pensión gracia. Sostuvo que mediante derecho de petición solicitó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, la cual le fue negada por parte de la entidad demandada.

(Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, págs. 9 a 17)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Ésta fue notificada en debida forma (Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, pág. 67); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el proceso.

3. Contestación de la demanda. La demandada se opuso a las pretensiones tanto declarativas como de condena argumentando que la pensión gracia reconocida al actor por la Caja de previsión Social, no es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, de conformidad con el artículo 128 de la Constitución Política, preceptiva que prohíbe recibir más de una asignación que provenga del tesoro público. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración al pago de intereses ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas de instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica. (Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, págs. 70 a 86)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de agosto del 2021, en la que la juzgadora condenó a la enjuiciada a pagar a favor del actor la indemnización sustitutiva por el tiempo cotizado entre el 01 de julio de 1981 y el 30 de noviembre de 1998 en la suma \$17.882.164, suma que debe ser indexada al momento de su pago. Así mismo, gravó en costas a la demandada.

Para arribar a tal determinación, tuvo como problema jurídico dilucidar si son compatibles la pensión de invalidez que le fue reconocida a la parte demandante por parte del Fondo de Prestaciones del Magisterio y la pensión gracia reconocida por Cajanal con la indemnización sustitutiva de pensión pretendida. Con tal propósito, luego de hacer alusión a las situaciones fácticas probadas dentro del proceso, citó el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 y con ello advirtió que las prestaciones de los docentes del sector público son compatibles con las que sufraga el sistema de seguridad social, de ahí que el actor al haber prestado sus servicios oficiales en calidad de docente y al mismo tiempo al sector privado, financiando en este último su pensión de vejez para ser reconocida por el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, es acreedor de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez a cargo de Colpensiones. (Expediente digital, carpeta VIDEOS AUDIENCIAS, audio 2020-121-20210806_081014-Grabación de la reunión)

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación aduciendo que los aportes pensionales hacen parte del tesoro público por ser dineros provenientes de la inyección presupuestal del Estado y del sistema en sí mismo que se nutre también con las cotizaciones de los empleadores, de tal forma *“que entregarle la indemnización sustitutiva al demandante estaría soslayando el artículo 128 de la Constitución Política”*. Indicó que el principio de solidaridad también se está quebrantando dado que se le está asignando dos prestaciones del mismo tesoro público, afectándose la sostenibilidad financiera del sistema. Señaló que debía aplicarse al caso en concreto los artículos 2 de la Ley 100 de 1993 y 17 de la Ley 549 de 1999.

6. Alegatos de conclusión. Las partes no presentaron alegaciones dentro del término concedido en providencia anterior.

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 la recurrente, y se estudiará en consulta a su favor en lo que no haya apelado y le sea desfavorable.

El problema jurídico que centra la atención de la Sala consiste en establecer: ¿Acertó la juzgadora de primera instancia al reconocer la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reclamada por el señor Héctor Garavito Torres, por considerarla compatible con la pensión vitalicia por invalidez concedida por el Fondo de Prestaciones del Magisterio y pensión gracia reconocida por el entonces Cajanal?

Calidad de pensionado y afiliación al RMPMD

Además de no ser un hecho discutido por las partes, se encuentra probado dentro del proceso que mediante Resolución No. 09723 del 6 de marzo de 2008 la Caja Nacional de Previsión Social EICE reconoció a favor de Héctor Garavito Torres, una pensión gracia a partir del 15 de septiembre de 2007, en cuantía inicial de \$2.253.816,53 con base en tiempos públicos prestados como docente del Municipio de Gachalá y del Distrito Capital - Bogotá durante 1.539 semanas. (Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, págs. 51 a 58)

Además, le fue reconocida pensión vitalicia de invalidez por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, a partir del 14 de diciembre de 2009 en cuantía inicial de \$1.754.495, conforme se desprende de la Resolución 1531 de 12 de abril de 2010, con base en tiempos públicos prestados como docente nacionalizado. (Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, págs. 43 a 49)

Finalmente, se encuentra acreditado que el promotor del litigio cotizó al Instituto de Seguros Sociales con empleadores privados, cotizando un total de 771.73, conforme se puede corroborar en el reporte de semanas en pensiones expedido por Colpensiones. (Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, págs. 38 a 42)

Compatibilidad de la indemnización de la pensión de vejez reclamada por el accionante con su pensión vitalicia de jubilación.

En punto al problema jurídico relacionado con la incompatibilidad de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez con la pensión de jubilación que le fue reconocida al actor por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y Cajanal EICE, ha de recordar la Sala lo que al respecto ha indicado de manera reiterada y pacífica la CSJ, entre otras, en la sentencia SL2655 de 2018, en la cual se estableció que el docente oficial al estar excluido del Sistema Integral de Seguridad Social, de acuerdo con lo establecido en el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, le resulta válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones.

También indicó la Alta Corporación al rememorar la sentencia del 6 de diciembre del 2011, radicado 40848, que en virtud del artículo 31 del Decreto 692 de 1994, las personas afiliadas al Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio creado por la Ley 91 de 1989, que adicionalmente reciban remuneraciones del sector privado, tienen la posibilidad de que la totalidad de los aportes y sus descuentos para pensiones se administren en el mencionado Fondo, o en cualquiera de las administradoras de los regímenes de prima media o de ahorro individual con solidaridad, mediante el diligenciamiento del formulario de vinculación, caso este en el cual, le son aplicables al afiliado la totalidad de condiciones vigentes en el régimen seleccionado.

En ese orden, resalta la Corte que los docentes oficiales vinculados a la entidad que maneja las pensiones de ese sector, si paralelamente laboran para una persona jurídica o natural de carácter privado, pueden afiliarse a una administradora de pensiones, cotizar a la misma, con el subsecuente efecto de que, al cumplimiento de las exigencias previstas en su régimen, accederán a las prestaciones propias del mismo.

Igualmente, indicó la CSJ que los reglamentos del ISS -a lo que hay que sumarle lo establecido en la Ley 100 de 1993- no restringen la posibilidad de que los profesores de establecimientos educativos de orden particular, aporten para obtener la pensión de vejez, antes bien, de su contenido lo que se colige es que son afiliados forzosos al Sistema, de manera que sus empleadores se encuentran obligados a vincularlos y a sufragar los correspondientes aportes, hasta tanto permanezca vigente la relación laboral.

Así las cosas, no es posible predicar una incompatibilidad entre la pensión de jubilación y gracia que le fue reconocida al demandante en calidad de docente oficial y nacionalizado y la indemnización sustitutiva que ésta pretende, menos aún cuando en los términos de la CSJ, los dineros con que el ISS hoy Colpensiones paga las prestaciones que concede, no tienen la calidad de provenientes del tesoro público, en tanto los aportes que sirven para su financiación no tiene origen en dineros de naturaleza pública, en la medida que son realizados por empleadores y trabajadores, amén que la entidad demandada es un mero administrador, por lo que no es dable estimar que el fondo común a su cargo sea bien del tesoro, siendo claro que no hace parte de la prohibición establecida en el artículo 128 de la CP, contrario a lo aducido por Colpensiones.

Y es que si bien algunos empleadores pueden tener la condición de entidades públicas, frente a ello, la Corte refirió que *"...En cuanto a las cotizaciones que recibe el ISS de una entidad oficial, si bien provienen del Tesoro, constituyen un patrimonio de afectación parafiscal, por estar destinados exclusivamente a engrosar el fondo común para el pago de las pensiones conforme a la ley, pues su finalidad es contribuir con el financiamiento de ese régimen, y por tanto los dineros que en un comienzo fueron propios del erario público dejan de serlo al quedar trasladados a la entidad de seguridad social, entrando a engrosar una reserva parafiscal que por ficción legal y constitucional dejan de ser propiedad de la entidad, a más de que una parte de esos aportes o cotizaciones sale del patrimonio del trabajador."*

Por lo anterior, no puede la demandada desconocer el derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, bajo el argumento de que el actor ya cuenta con pensión concedida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y una pensión gracia otorgada por el entonces Cajanal EICE, dado que resultan compatibles con cualquier clase de prestación económica que regula el subsistema de seguridad social en pensiones, como lo es la indemnización sustitutiva de pensión, pues al tener la calidad de docente oficial y al estar excluido de la aplicación del Sistema Integral de Seguridad Social, le resultaba válido prestar sus servicios a establecimientos educativos oficiales y, por virtud de ello, adquirir una pensión de jubilación oficial y/o gracia y, al mismo tiempo, prestar sus servicios a instituciones privadas y financiar una posible pensión de vejez en el Instituto de Seguros Sociales, pues como se señaló en líneas atrás expuestas, al prestar sus servicios en el sector privado, su afiliación al Sistema de Seguridad Social es de carácter forzoso, de conformidad con el artículo 31 del Decreto 692 de 1994.

De otro lado, cumple precisar que si bien el Decreto 1730 de 2001, en su artículo 6° establece que *"las indemnizaciones sustitutivas de vejez y de invalidez, son incompatibles con las pensiones de vejez y de invalidez"*, esa incompatibilidad tiene alcance respecto a las pensiones que hacen parte del RMPD, no siendo aplicable la misma a las pensiones reconocidas por el Fondo de Prestaciones Sociales del Magisterio, pues como se dijo, éstas se encuentran excluidas de la Ley 100 de 1993, norma que es reglamentada por dicho decreto.

Finalmente, ha de señalarse que aunque el artículo 17 de la Ley 549 de 1999, establece que todos los tiempos laborados al sector público y los cotizados al ISS serán utilizados para financiar la pensión, ha de indicar la Sala que dicha norma tiene alcance en relación con la prestación concedida en virtud del régimen de transición que se reconoce dentro del RPMPD, pues así se desprende de la lectura de la misma, luego, de ella no puede entenderse que los tiempos cotizados por la actora a Colpensiones deben ser considerados para financiar la prestación que le fue otorgada por su calidad de docente oficial, quien como se dijo, se encuentra exceptuada por la Ley 100 de 1993, siendo un contrasentido incluir períodos aportados dentro del Sistema General de Pensiones, en un régimen que no hace parte del mismo.

Requisitos para acceder a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez

Conforme al artículo 37 de la Ley 100 de 1993 tienen derecho a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez las personas que, habiendo cumplido la edad para obtener la pensión de vejez, no hayan cotizado el mínimo de semanas exigidas y declaren su imposibilidad de continuar cotizando.

En el presente caso, tenemos que el actor cumplió los 62 años exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, el 15 de septiembre de 2019, como se observa de la copia de la cédula de ciudadanía (Expediente digital, carpeta EXPEDIENTE DIGITAL PDF 2020-121, pág. 61) y al revisar la historia laboral aparece que únicamente alcanzó a cotizar 771.73 semanas en toda su vida laboral, siendo claro que no reunió las 1.300 que exige dicha norma para la anualidad en que reclamó el derecho, esto es, el año 2019; además, elevó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva, junto con la declaración de no poder continuar cotizando al Sistema General de Pensiones, como se observa de la petición obrante en el expediente administrativo, por lo que es claro que cumple con los requisitos previstos en el art. 37 de la Ley 100, para acceder a la indemnización sustitutiva que reclama. Por tanto, acertó el Juzgado de primera instancia al reconocer la mencionada prestación.

Cuantía de la indemnización sustitutiva

Procede la Sala conforme al artículo 3º del Decreto 1730 de 2001, a calcular el monto de la indemnización sustitutiva, la cual equivale a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas y al resultado se le aplica el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado, lo cual arroja la suma de \$22.814.858, teniendo en cuenta que el salario base se indexa al año 2019, fecha en que se causó la prestación, pues en dicha anualidad el actora solicitó expresamente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, con la manifestación de que no podía continuar cotizando al Sistema, como se dijo con anterioridad.

No obstante, como quiera que la citada suma es superior a la determinada por el A quo, se mantendrá incólume tal decisión en tanto que dicho aspecto no reprocha la parte demandante.

Prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción tal y como lo tiene adocinado la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T695A del 2010 y la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STL 20644-2017, el derecho a reclamar la indemnización sustitutiva es imprescriptible.

Indexación

Ante la evidente devaluación monetaria, la indemnización sustitutiva debe ser indexada al momento en que se efectúe su pago, desde la fecha en que se hizo exigible, por manera que el Juzgado acertó en su decisión sobre este aspecto.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

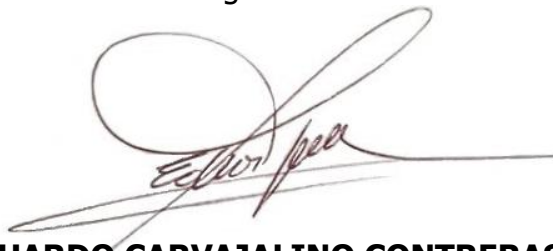
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 6 de agosto del 2021, por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

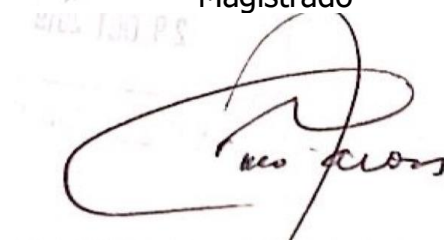
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones en la suma de \$500.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

Promedio Salarial Anual							
Año 1983							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/02/83	28/02/83	28	14.610	487,00	\$ 13.636		
01/03/83	31/03/83	31	14.610	487,00	\$ 15.097		
01/04/83	30/04/83	30	14.610	487,00	\$ 14.610		
01/05/83	31/05/83	31	14.610	487,00	\$ 15.097		
01/06/83	30/06/83	30	14.610	487,00	\$ 14.610		
01/07/83	31/07/83	31	14.610	487,00	\$ 15.097		
01/08/83	31/08/83	31	14.610	487,00	\$ 15.097		
01/09/83	30/09/83	30	14.610	487,00	\$ 14.610		
01/10/83	31/10/83	31	14.610	487,00	\$ 15.097		
01/11/83	30/11/83	30	14.610	487,00	\$ 14.610		
Total días		303			\$ 147.561	\$ 487	\$ 14.610
Año 1984							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
23/02/84	29/02/84	7	21.420	714	4.998		
01/03/84	31/03/84	31	21.420	714	22.134		
01/04/84	30/04/84	30	21.420	714	21.420		
01/05/84	31/05/84	31	21.420	714	22.134		
01/06/84	30/06/84	30	21.420	714	21.420		
01/07/84	31/07/84	31	21.420	714	22.134		
01/08/84	31/08/84	31	21.420	714	22.134		
01/09/84	30/09/84	30	21.420	714	21.420		
01/10/84	31/10/84	31	21.420	714	22.134		
01/11/84	30/11/84	30	21.420	714	21.420		
Total días		282			\$ 201.348	\$ 714	\$ 21.420
Año 1985							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
05/03/85	31/03/85	27	30.150	1.005	27.135		
01/04/85	30/04/85	30	30.150	1.005	30.150		
01/05/85	31/05/85	31	30.150	1.005	31.155		
01/06/85	30/06/85	30	30.150	1.005	30.150		
01/07/85	31/07/85	31	30.150	1.005	31.155		
01/08/85	31/08/85	31	30.150	1.005	31.155		
01/09/85	30/09/85	30	30.150	1.005	30.150		
01/10/85	31/10/85	31	30.150	1.005	31.155		
01/11/85	30/11/85	30	30.150	1.005	30.150		
Total días		271			272.355	1.005	30.150
Año 1986							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
07/02/86	28/02/86	22	39.310	1.310	28.827		
01/03/86	31/03/86	31	39.310	1.310	40.620		
01/04/86	30/04/86	30	39.310	1.310	39.310		
01/05/86	31/05/86	31	39.310	1.310	40.620		
06/06/86	30/06/86	25	39.310	1.310	32.758		
01/07/86	31/07/86	31	39.310	1.310	40.620		
01/08/86	31/08/86	31	39.310	1.310	40.620		

01/09/86	30/09/86	30	39.310	1.310	39.310		
01/10/86	31/10/86	31	39.310	1.310	40.620		
01/11/86	30/11/86	30	39.310	1.310	39.310		
Total días		292			382.617	1.310	39.310
Año 1987							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
12/02/87	28/02/87	17	47.370	1.579	26.843		
01/03/87	31/03/87	31	47.370	1.579	48.949		
01/04/87	30/04/87	30	47.370	1.579	47.370		
01/05/87	31/05/87	31	47.370	1.579	48.949		
01/06/87	30/06/87	30	47.370	1.579	47.370		
01/07/87	31/07/87	31	47.370	1.579	48.949		
01/08/87	31/08/87	31	47.370	1.579	48.949		
01/09/87	30/09/87	30	47.370	1.579	47.370		
01/10/87	31/10/87	31	47.370	1.579	48.949		
01/11/87	30/11/87	30	47.370	1.579	47.370		
Total días		292			461.068	1.579	47.370
Año 1988							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
09/02/88	29/02/88	21	54.630	1.821	38.241		
01/03/88	31/03/88	31	54.630	1.821	56.451		
01/04/88	30/04/88	30	54.630	1.821	54.630		
01/05/88	31/05/88	31	54.630	1.821	56.451		
01/06/88	30/06/88	30	54.630	1.821	54.630		
01/07/88	31/07/88	31	54.630	1.821	56.451		
01/08/88	31/08/88	31	54.630	1.821	56.451		
01/09/88	30/09/88	30	54.630	1.821	54.630		
01/10/88	31/10/88	31	54.630	1.821	56.451		
01/11/88	30/11/88	30	54.630	1.821	54.630		
Total días		296			539.016	1.821	54.630
Año 1989							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
07/02/89	28/02/89	22	70.260	2.342	51.524		
01/03/89	31/03/89	31	70.260	2.342	72.602		
01/04/89	30/04/89	30	70.260	2.342	70.260		
01/05/89	31/05/89	31	70.260	2.342	72.602		
01/06/89	30/06/89	30	70.260	2.342	70.260		
01/07/89	31/07/89	31	70.260	2.342	72.602		
01/08/89	31/08/89	31	70.260	2.342	72.602		
01/09/89	30/09/89	30	70.260	2.342	70.260		
01/10/89	31/10/89	31	70.260	2.342	72.602		
01/11/89	30/11/89	30	70.260	2.342	70.260		
01/12/89	01/12/89	1	70.260	2.342	2.342		
Total días		298			697.916	2.342	70.260
Año 1990							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
02/02/90	28/02/90	27	89.070	2.969	80.163		

01/03/90	31/03/90	31	89.070	2.969	92.039		
01/04/90	30/04/90	30	89.070	2.969	89.070		
01/05/90	31/05/90	31	89.070	2.969	92.039		
01/06/90	30/06/90	30	89.070	2.969	89.070		
01/07/90	31/07/90	31	89.070	2.969	92.039		
01/08/90	31/08/90	31	89.070	2.969	92.039		
01/09/90	30/09/90	30	89.070	2.969	89.070		
01/10/90	31/10/90	31	89.070	2.969	92.039		
01/11/90	01/11/90	1	89.070	2.969	2.969		
Total días		273			810.537	2.969	89.070
Año 1991							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
07/02/91	28/02/91	22	111.000	3.700	81.400		
01/03/91	31/03/91	31	111.000	3.700	114.700		
01/04/91	30/04/91	30	111.000	3.700	111.000		
01/05/91	31/05/91	31	111.000	3.700	114.700		
01/06/91	30/06/91	30	111.000	3.700	111.000		
01/07/91	31/07/91	31	111.000	3.700	114.700		
01/08/91	31/08/91	31	111.000	3.700	114.700		
01/09/91	30/09/91	30	111.000	3.700	111.000		
01/10/91	31/10/91	31	111.000	3.700	114.700		
01/11/91	30/11/91	30	111.000	3.700	111.000		
01/12/91	01/12/91	1	111.000	3.700	3.700		
Total días		298			1.102.600	3.700	111.000
Año 1992							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
21/02/92	29/02/92	9	123.210	4.107	36.963		
01/03/92	31/03/92	31	123.210	4.107	127.317		
01/04/92	30/04/92	30	136.290	4.543	136.290		
01/05/92	31/05/92	31	136.290	4.543	140.833		
01/06/92	30/06/92	30	136.290	4.543	136.290		
01/07/92	31/07/92	31	136.290	4.543	140.833		
01/08/92	31/08/92	31	136.290	4.543	140.833		
01/09/92	30/09/92	30	136.290	4.543	136.290		
01/10/92	31/10/92	31	136.290	4.543	140.833		
01/11/92	30/11/92	30	136.290	4.543	136.290		
01/12/92	18/12/92	18	136.290	4.543	81.774		
Total días		302			1.354.546	4.485	134.558
Año 1993							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
18/02/93	28/02/93	11	165.180	5.506	60.566		
01/03/93	31/03/93	31	165.180	5.506	170.686		
01/04/93	30/04/93	30	165.180	5.506	165.180		
01/05/93	31/05/93	31	165.180	5.506	170.686		
01/06/93	30/06/93	30	165.180	5.506	165.180		
01/07/93	31/07/93	31	165.180	5.506	170.686		
01/08/93	31/08/93	31	165.180	5.506	170.686		
01/09/93	30/09/93	30	165.180	5.506	165.180		

01/10/93	31/10/93	31	165.180	5.506	170.686		
01/11/93	30/11/93	30	165.180	5.506	165.180		
01/12/93	31/12/93	31	165.180	5.506	170.686		
Total días		317			1.745.402	5.506	165.180
Año 1994							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/94	31/01/94	31	165.180	5.506	170.686		
01/02/94	28/02/94	28	165.180	5.506	154.168		
01/03/94	31/03/94	31	201.300	6.710	208.010		
01/04/94	30/04/94	30	201.300	6.710	201.300		
01/05/94	31/05/94	31	201.300	6.710	208.010		
01/06/94	30/06/94	30	201.300	6.710	201.300		
01/07/94	31/07/94	31	201.300	6.710	208.010		
01/08/94	31/08/94	31	201.300	6.710	208.010		
01/09/94	30/09/94	30	201.300	6.710	201.300		
01/10/94	31/10/94	31	201.300	6.710	208.010		
01/11/94	30/11/94	30	201.300	6.710	201.300		
01/12/94	31/12/94	31	201.300	6.710	208.010		
Total días		365			2.378.114	6.515	195.461
Año 1995							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/95	31/01/95	30	194.590	6.486	194.590		
01/02/95	28/02/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/03/95	31/03/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/04/95	30/04/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/05/95	31/05/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/06/95	30/06/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/07/95	31/07/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/08/95	31/08/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/09/95	30/09/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/10/95	31/10/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/11/95	30/11/95	30	400.000	13.333	400.000		
01/12/95	31/12/95	30	400.000	13.333	400.000		
Total días		360			4.594.590	12.763	382.883
Año 1996							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/96	31/01/96	30	400.000	13.333	400.000		
01/02/96	29/02/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/03/96	31/03/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/04/96	30/04/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/05/96	31/05/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/06/96	30/06/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/07/96	31/07/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/08/96	31/08/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/09/96	30/09/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/10/96	31/10/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/11/96	30/11/96	30	581.000	19.367	581.000		
01/12/96	31/12/96	30	581.000	19.367	581.000		

Total días		360			6.791.000	18.864	565.917
Año 1997							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/97	31/01/97	30	581.000	19.367	581.000		
01/02/97	28/02/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/03/97	31/03/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/04/97	30/04/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/05/97	31/05/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/06/97	30/06/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/07/97	31/07/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/08/97	31/08/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/09/97	30/09/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/10/97	31/10/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/11/97	30/11/97	30	860.000	28.667	860.000		
01/12/97	31/12/97	30	860.000	28.667	860.000		
Total días		360			10.041.000	27.892	836.750
Año 1998							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/98	01/01/98	1	6.794	226	226		
01/02/98	28/02/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/03/98	31/03/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/04/98	30/04/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/05/98	31/05/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/06/98	30/06/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/07/98	31/07/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/08/98	31/08/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/09/98	30/09/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/10/98	31/10/98	30	1.157.000	38.567	1.157.000		
01/11/98	28/11/98	28	1.157.000	38.567	1.079.867		
Total días		299			11.493.093	38.438	1.153.153
Cálculo Indemnización Sustitutiva de Pensión							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
1981	153	0,90	100,00	111,111	\$ 9.480	\$ 1.053.333	\$ 5.372.000
1982	274	1,14	100,00	87,719	\$ 11.850	\$ 1.039.474	\$ 9.493.860
1983	303	1,41	100,00	70,922	\$ 14.610	\$ 1.036.170	\$ 10.465.319
1984	282	1,65	100,00	60,606	\$ 21.420	\$ 1.298.182	\$ 12.202.909
1985	271	1,95	100,00	51,282	\$ 30.150	\$ 1.546.154	\$ 13.966.923
1986	292	2,38	100,00	42,017	\$ 39.310	\$ 1.651.681	\$ 16.076.359
1987	292	2,88	100,00	34,722	\$ 47.370	\$ 1.644.792	\$ 16.009.306
1988	296	3,58	100,00	27,933	\$ 54.630	\$ 1.525.978	\$ 15.056.313
1989	298	4,58	100,00	21,834	\$ 70.260	\$ 1.534.061	\$ 15.238.341
1990	273	5,78	100,00	17,301	\$ 89.070	\$ 1.541.003	\$ 14.023.131
1991	298	7,65	100,00	13,072	\$ 111.000	\$ 1.450.980	\$ 14.413.072
1992	302	9,70	100,00	10,309	\$ 134.558	\$ 1.387.191	\$ 13.964.392
1993	317	12,14	100,00	8,237	\$ 165.180	\$ 1.360.626	\$ 14.377.282
1994	365	14,89	100,00	6,716	\$ 195.461	\$ 1.312.703	\$ 15.971.216
1995	360	18,25	100,00	5,479	\$ 382.883	\$ 2.097.986	\$ 25.175.836
1996	360	21,80	100,00	4,587	\$ 565.917	\$ 2.595.948	\$ 31.151.376

1997	360	26,52	100,00	3,771	\$ 836.750	\$ 3.155.166	\$ 37.861.991
1998	299	31,21	100,00	3,204	\$ 1.153.153	\$ 3.694.819	\$ 36.825.034
Total días	5395	Total devengado toda la vida laboral actualizado				2019	\$ 317.644.658
Total semanas	770,7	Ingreso Base Liquidación					\$ 1.766.328
		SALARIO BASE DE LIQUIDACIÓN PROMEDIO SEMANAL S.B.L.PS.					\$ 412.143
		PROMEDIO PONDERADO DE LOS PORCENTAJES DE COTIZACIÓN P,P,C					7,1825%
		TOTAL INDEMNIZACIÓN SUSTITUTIVA DE PENSIÓN					\$ 22.814.858

AÑO	APORTE PENSIONAL (-3% DE GASTOS DE ADMINISTRACIÓN Y PENSIÓN DE INVALIDEZ Y SOBREVIVIENTES-ART. 20 DE LA LEY 100 DE 1993)
1981	4,50%
1982	4,50%
1983	4,50%
1984	4,50%
1985	4,83%
1986	6,50%
1987	6,50%
1988	6,50%
1989	6,50%
1990	6,50%
1991	6,50%
1992	6,88%
1993	8,00%
1994	7,63%
1995	9,50%
1996	10,50%
1997	10,50%
1998	10,50%



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: SALOMÓN SILVA CERINZA
Demandada: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 26-2020-00294-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Salomón Silva Cerinza instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con el propósito de que se declare la nulidad de la afiliación efectuada del RPMPD al RAIS y en consecuencia de tal declaración se ordene a la AFP Porvenir S.A. retornar los valores que hubiese recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos que se hubieren causado a Colpensiones; a esta última mantenerlo como afiliado sin solución de continuidad. Así mismo, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que desde el 4 de julio de 1986 hasta el 31 de diciembre de 1996 estuvo afiliado al ISS, acumulando un total de 546 semanas cotizadas. Informó que para diciembre de 1996 los asesores de la AFP accionada le presentaron el nuevo régimen pensional, asegurándole que el ISS se acabaría perdiendo lo cotizado hasta el momento. Además, le informaron que tendría mayores rendimientos y que podría pensionarse en el momento en que lo dispusiera, sin embargo, no se informó del derecho de retracto que le asistía. (Expediente electrónico, PDF 01. DEMANDA_19_10_2020 14_36_12)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 10. NOTIFICACIÓN AGENCIA-20214010808362); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1 Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias arguyendo que el demandante no probó causal alguna para la declaratoria de nulidad y/o ineficacia, además, la afiliación efectuada cumple con los presupuestos legales para su existencia ante la vida jurídica, dado que fue en el ejercicio de su derecho de libre escogencia de régimen pensional que escogió al RAIS. Como medios exceptivos propuso las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos. (Expediente electrónico, PDF 08.CONTESTACION DEMANDA PORVENIR)

3.2 AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones argumentando que el traslado efectuado es completamente válido, ya que la obligación de explicar a los afiliados las consecuencias del traslado de régimen nació solo a partir del inciso 4 del artículo 3 del Decreto 2071 de 2015. Indicó que el actor no allegó prueba siquiera sumaria de las razones de hecho que sustentan la ineficacia de la afiliación, además, que la devolución de los rendimientos financieros obtenidos en el RAIS desborda los efectos de la ineficacia, por lo que en caso de accederse a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional, la devolución de los rendimientos financieros, gastos de administración y demás gastos dejaría al promotor del proceso en una situación más favorable que la que tendría de haber permanecido en el RPMPD. Propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y finalmente la de buena fe. (Expediente electrónico, PDF 09. CONTESTACION DEMANDA COLPENSIONES)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 6 de septiembre de 2021, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, condenó a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, junto con los rendimientos causados sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración; condenó a Colpensiones a aceptar dicho traslado y contabilizar para efectos pensionales las semanas cotizadas. Por último, gravó en costas a la AFP codemandada.

Para arribar a tal decisión citó los artículos 1741, 1743, 1750 del C.C, el literal b del artículo 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, así como las sentencias SL 12136 de 2014 y SL68852 de 2019, para significar que para que se entienda que la afiliación se realizó de manera libre y voluntaria se debe verificar si la AFP brindó y garantizó una decisión informada, dado que el deber de información ha existido desde la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993. Refirió que se debe ilustrar al posible afiliado de las características, riesgos, ventajas y desventajas del régimen, aspectos que no fueron acreditados, no siendo con la suscripción del formulario.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la **AFP Porvenir S.A.** arguyendo que la línea jurisprudencial no puede ser aplicada de manera homogénea a todos los casos, aunado a que la A quo no hizo una valoración respecto de la normatividad vigente para la época de traslado, además, que no tuvo en cuenta las declaraciones y confesión del actor en el interrogatorio de parte cuando señaló los elementos esenciales del régimen.

Dijo que para la época del traslado la carga de una doble asesoría o del buen consejo resultan disímiles pues dar la información debe ser neutral y el buen consejo se analizan particularidades, además, que no se le puede exigir que aporte al plenario o demuestre que se le suministró la información que para la época no eran vigentes. Indicó que no se

ejerció ninguna presión o coacción alguna frente la decisión del actor; que el traslado se dio por haberle brindado información y que aquel de manera libre y voluntaria suscribió el formulario aprobado por la Superintendencia Financiera. Agregó que la devolución de rendimientos financieros y gastos de administración son privativos del RAIS, razón por la cual no es procedente su reintegro.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Alegó en su favor que la AFP Porvenir S.A., no demostró de ninguna manera que al momento del traslado en el régimen pensional se le haya dado información clara, completa, comprensible y transparente, en los términos establecidos por la Corte Suprema de Justicia, que debían cumplir las administradoras de fondos de pensiones al momento del traslado del régimen pensional o de las afiliaciones de potenciales afiliados en cumplimiento del deber de informar y buen consejo.

6.2. AFP Porvenir S.A. Señaló que el traslado efectuado por la demandante al régimen de prima media con prestación definida (RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS) se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Consideró que el traslado de régimen pensional del actor reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia de información, atendiendo los parámetros establecidos en las normas vigentes en ese momento, las cuales, debe aclararse, no exigían una información en los términos reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia, puesto que esa información tan rigurosa solo vino a ser determinada con mucha posterioridad.

6.3. Colpensiones. En su escrito de alegaciones sostuvo que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y la AFP demandada es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la recurrente, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? 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 actor? 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 el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Salomón Silva Cerinza se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde el 4 de julio de 1986, con cotizaciones hasta el 31 de diciembre de 1996, conforme aparece en la historia laboral expedida por esta (Expediente electrónico, PDF 09. HL CC-19377629) y que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir S.A. adiado el 11 de diciembre de 1996 (Expediente electrónico, PDF 08.CONTESTACION DEMANDA PORVENIR, pág. 23), donde se encuentra actualmente, según su historia laboral consolidada.

Carga probatoria y deber de información

Para resolver el problema jurídico relacionado con la carga probatoria, debe decirse que la misma sí recae en la AFP y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, 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 le corresponda a la administradora de fondos de pensiones dar cuenta de que brindó la correspondiente información, que fue clara y suficiente, ya que

un engaño no sólo se produce en lo que se dice, sino en el silencio que guarda el respectivo asesor, quien ha de tener la iniciativa de proporcionar todo aquello que resulte relevante y fundamental, tanto lo favorable como lo desfavorable para tomar la decisión e incluso, desanimar al afiliado en caso de que el traslado resulte perjudicial para su derecho pensional.

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

Adicionalmente es necesario indicar que, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se reglamenta parcialmente la Ley 100 de 1993"* en cuyo artículo 11 señala que para adelantar el proceso de vinculación a la AFP se debe diligenciar el **formulario** previsto por la Superintendencia Bancaria y que en el mismo deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo posible que el formulario contenga la leyenda 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 afiliada, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que, 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, por lo que no se releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

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

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a **devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos

de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

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

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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 tercero de la sentencia proferida el 6 de septiembre de 2021, por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a favor del actor y a cargo de AFP 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

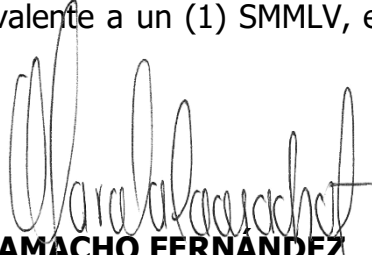


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: CLAUDIA MARCELA MARTÍNEZ VIGOYA
Demandada: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 10-2019-00676-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

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

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Claudia Marcela Martínez Vigoya instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el propósito de que se declare que fue mal asesorada o informada por la AFP con la finalidad de lograr el traslado de régimen pensional; que se generó una afectación a los derechos pensionales de la demandante y, por tanto, la nulidad e ineficacia del traslado de afiliación. En consecuencia, se ordene el traslado a Colpensiones de todos los aportes, junto con sus rendimientos, frutos, seguros e intereses por parte de la AFP; a Colpensiones a la activación de la afiliación de la actora en el RMPMD, de manera que pueda solicitar el reconocimiento de la pensión de vez, una vez se acrediten los requisitos; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que nació el 11 de agosto de 1964 y se encontraba afiliada al ISS acreditando un total de 407 semanas cotizadas, dado que se trasladó de régimen en el año 1999 con la AFP Porvenir S.A., entidad que no la asesoró correctamente, ya que no le brindó información clara y comprensible sobre su derecho pensional, ni como se encontraba diseñado el sistema de ahorro individual, entre otras cosas. (Expediente digital, PDF 01. Expediente 10-2019-676, págs. 36 a 68)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente digital, PDF 01. Expediente 10-2019-676, págs. 82 y 83); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1 Colpensiones. Presentó contestación a la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda señalando que el traslado realizado por la demandante se debe presumir no sólo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia sino plenamente válido; además que el vicio del consentimiento deberá ser probado y en caso de ser declarado por el juez éste procederá a recibir y activar la afiliación sin solución de continuidad de la demandante. En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir. (Expediente electrónico, PDF 04. SUBSANACION DE LA CONTESTACION)

3.2 AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones argumentando que brindó información veraz, clara y oportuna a la demandante, ya que informó sobre el régimen de transición pensional, que el monto de su pensión dependerá del capital aportado en su cuenta individual, que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta, etc. Aseguró que le comunicó de igual manera los beneficios más importantes del RAIS y que a través de comunicación del 29 de marzo de 1999 la demandante manifestó el querer vincularse con la AFP pero que por error se había vinculado al ISS.

Esgrimió que la actora no aporta elementos de prueba que permitan establecer que el traslado de régimen no fue completamente válido, aunado a que la devolución de los rendimientos financieros y demás gastos dejaría a la promotora del litigio en una situación más favorable de que la que tendría de haber permanecido en el RPMPD por lo que se estaría en contravención a lo dispuesto en el artículo 1746 del C.C. Señaló que la SIF se ha pronunciado para indicar que la devolución de los gastos de administración y los pagos hechos por primas de seguro, desconoce la gestión realizada por las AFP. Propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (Expediente digital, PDF 01. Expediente 10-2019-676, págs. 176 a 114)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 14 de octubre de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado efectuado por la actora del RPMPD al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A.; declaró que la demandante queda válidamente vinculada al RPMPD como si nunca se hubiese trasladado. Así las cosas, condenó a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración y una vez Colpensiones reciba dichos conceptos deberá estudiar la procedencia o no del derecho pensional. Gravó en costas a las demandadas.

La decisión del Juez tuvo sustento en las sentencias SL 1421 de 2019, 1452 de 2019, 1688 de 2019 y la Ley 663 de 1993, señalando que el consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, al igual que la firma vertida en dicho formulario no acredita el deber de información, a lo sumo acredita un consentimiento, pero no informado. Refirió que la información debe contener aspectos tanto favorables como desfavorables, indicando si quiera el capital que requiere para acceder a la prestación económica, además que corresponde a la AFP Porvenir S.A. demostrar que para el momento del traslado impartió una información clara, oportuna y veraz acerca de las consecuencias que acarrea el cambio del régimen pensional.

5. Impugnación y límites del ad quem. La decisión fue recurrida por la **AFP Porvenir S.A.**, quien señaló que siempre actuó de buena fe en el acto de traslado y que garantizó a la demandante el deber de información, sin que para dicha época la información debía ser clara y concisa, además, no existía fundamento legal para que todas las asesorías verbales tuvieran que dejarse por escrito. Esgrimió que el formulario de afiliación no fue tachado de falso y no se logró probar algún tipo de vicio, aunado a que es cuestionable que solo cuando se está a portas de consolidar algún tipo de derecho pensional la actora se preocupe o indague sobre una decisión tan importante como su futuro pensional.

Refirió que después de 20 años se confirma y convalida la decisión del traslado, además, por cuanto la actora no fue diligente y contó con varias oportunidades de retrotraer y devolverse a Colpensiones, situación que no realizó. Aludió a que es improcedente la devolución de los gastos de administración porque se desconoce la teoría o finalidad de las restituciones mutuas; que dichas sumas con cobrados por un aspecto taxativo de un mandato legal y que se está quebrantando el equilibrio económico, generando un enriquecimiento sin justa causa de los afiliados.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor que el traslado de régimen pensional del RPM al RAIS efectuado por la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación. Indicó que el a quo realizó una apreciación errónea del deber de información al momento del traslado de régimen, toda vez que, precisó que se debió llegar al punto desanimar a la demandante de hacer su vinculación al Régimen de Ahorro Individual, pues bajo dicha tesis bien puede concluirse que el Régimen de Ahorro Individual es subsidiario al Régimen de Prima Media, situación contraria a lo establecido en la sentencia C-583 de 1996 y C-086 de 2002, en las que se definió que la existencia de un régimen público y uno privado no están en contra al principio de igualdad.

6.2. Colpensiones. En su escrito de alegaciones indicó que no es procedente declarar que el contrato de afiliación suscrito entre el actor y las AFP demandadas es nulo, toda vez que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales, con destino al régimen de Ahorro Individual.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la actora? 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 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 el demandante se trasladó al RAIS, lo cierto es, que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que la señora Claudia Martínez Vigoya, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 7 de diciembre de 1983, con cotizaciones hasta el 31 de agosto de 1999, conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente digital, PDF 01. Expediente 10-2019-676, págs. 28 a 32); que suscribió formulario de afiliación con la AFP Porvenir el 07 de mayo de 1998 y 31 de agosto de 1999 (Expediente digital, PDF 01. Expediente 10-2019-676, págs. 302 a 304), donde se encuentra actualmente, según 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 1998- la CSJ ha señalado que las AFP debían hacer una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

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

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

Por tanto, la AFP demandada sí estaba en la obligación de proporcionar a la demandante una información completa y comprensible, con la finalidad de orientarlo como potencial afiliado, dando las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a desanimarla de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca la postura de las AFP al considerar desde la óptica de los vicios del consentimiento que en el presente caso no se dan los presupuestos para declarar la ineficacia del traslado, como quiera que es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina

probable, que a la parte actora se le debió garantizar la debida asesoría al momento de su traslado, a fin de que su decisión estuviera precedida de un consentimiento informado, sin que tal obligación se encuentre exenta por cualquier circunstancias pues esto no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

Finalmente, 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 establecidos 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 la AFP respecto a su argumento dirigido a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adocinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

Ahora, es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS de la demandante es claro que su vinculación con COLPENSIONES quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP los aportes efectuados por 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 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). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

De otro lado, hay que precisar que los conceptos de la Superintendencia Financiera no son vinculantes, pues así lo ha establecido la CSJ desde vieja data: *"...las hechas por la Superintendencia Bancaria, no tienen el carácter de ser judiciales ni vinculan a los jueces"* (Radicado 17784 de 2002). Tampoco es aplicable al presente caso el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 como quiera que nonos 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.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria a la demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías 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,

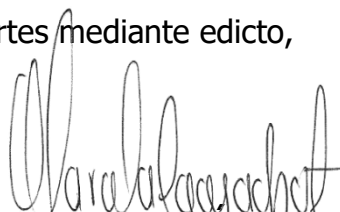
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral tercero de la sentencia proferida el 14 de octubre de 2021, por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual de la actora, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

TERCERO: CONDENAR en costas en esta instancia a favor de la actora y a cargo de AFP Porvenir S.A. Las de primera, se confirman.

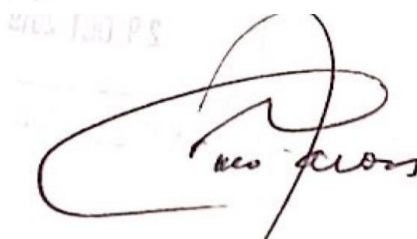
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

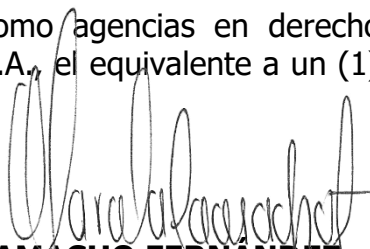


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

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



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: MARIELLY ALEXANDRA CANO CANO y OTROS
Demandada: MINERIA POLACA SAS
Radicado No.: 110013105-018-2015-00286-01
Tema: CULPA PATRONAL- APELACIÓN DEMANDANTE –
SOLIDARIDAD

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Marielly Alexandra Cano Cano, y Luciana Villalba Restrepo representada por Hendy Yadira Restrepo Restrepo, instauraron demanda ordinaria contra Minería Polaca S.A.S., con el propósito de que se declare que entre el señor Darío Villalba Rico y Minería Polaca SAS existió una relación laboral desde el 28 de abril de 2009 hasta el 22 de julio de 2011; que se declare que la muerte de Darío Villalba Rico (Q.E.P.D) fue causada por un accidente de origen profesional por culpa suficientemente probada del patrono, y en consecuencia, se condene al reconocimiento y pago de la indemnización ordinaria y total de los perjuicios o indemnización plena de perjuicios estipulada en el artículo 216 del CST, en la que se incluya el pago del daño emergente, lucro cesante, daño a la vida y relación y los perjuicios morales, lo ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre el señor Darío Villalba Rico y la empresa Minería Polaca SAS existió una relación laboral desde el 28 de abril de 2009 hasta el 22 de julio de 2011, fecha en la que el señor Villalba Rico falleció producto de un accidente de trabajo consistente en un derrumbe ocurrido mientras se encontraba desarrollando la labor dentro de un túnel, y que según el informe entregado por el Ministerio de la Protección Social como resultado de la investigación, se debió a la ausencia o la no suficiencia de las actividades de prevención de contingencias para ese tipo de desastres; que la labor del señor Villalba Rico era clasificada como de alto riesgo; que para la fecha de fallecimiento el señor Villalba Rico ostentaba el cargo de Operador Minero y Supervisor de Mina, devengando como salario promedio la suma de \$962.962; que entre el señor Villalba Rico y Marielly Alexandra Cano Cano contrajeron matrimonio el día 25 de diciembre de 2010; que entre el causante y la señora Hemdy Yadira Restrepo se procreó a la menor Luciana Villalba Restrepo; que los perjuicios materiales y morales se derivan de los ingresos que percibía el trabajador y la manutención brindada a las

demandantes como cónyuge e hija, los cuales se vieron disminuidos en su totalidad a causa de su muerte, sufriendo daños irreparables en sus vidas (fol. 2 a 9).

2. Contestación de la demanda.

2.1 Minería Polaca S.A.S.: Se le nombró Curador Ad litem, empero al no subsanar la contestación de la demanda, se le tuvo por no contestada a través de auto del 27 de mayo de 2017 (Fol. 139).

2.2 Bomar Colombia S.A.S.: Contestó la demanda a través de Curador Ad litem, quien contestó la demanda, ateniéndose a lo que se pruebe en el proceso, precisando que desconoce la muerte del trabajador y su relación con la empresa demandada (Fol. 167 a 169 y 170 a 172).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 29 de julio del 2021, en la que el fallador declaró que entre Darío Villalba Rico (q.e.p.d) y la empresa Minería Polaca SAS, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 28 de abril de 2009 al 22 de julio de 2011; declaró que existió culpa patronal por parte de Minería Polaca SAS en la ocurrencia del accidente de trabajo del 20 de julio de 2011, en la cual el señor Darío Villalba Rico (q.e.p.d), perdió la vida, en consecuencia, condenó a Minería Polaca SAS al pago de la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, así: \$254.674.937 por concepto de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Marielly Alexandra Cano Cano, \$ 35.430.088 por concepto de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Luciana Villalba Restrepo (q.e.p.d) representada por Hendy Yadira Restrepo Restrepo; condenó a la suma de \$ 30.000.000 por daño moral en un 50% para la esposa y el restante para su hija fallecida; absolvió a Minería Polaca SAS de las demás pretensiones; absolvió a Bomar Colombia SAS de todas y cada una de las pretensiones, y gravó en costas a Minería Polaca SAS.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que de conformidad con la prueba documental y testimonial, se logró demostrar la existencia de la relación laboral entre Darío Villalba Rico (q.e.p.d) y la empresa Minería Polaca SAS, desde el 28 de abril de 2009 al 22 de julio de 2011, y que el señor Darío Villalba Rico (q.e.p.d) falleció el 20 de julio de 2011 producto de un accidente de trabajo, mismo que según la investigación emitida en su momento por la ARL SURA consistió en un desprendimiento de roca y posterior derrumbe al interior de la mina, accidente que según la prueba testimonial recabada se generó al no colocar refuerzos de arcos, además que en días anteriores se había presentado incidentes de derrumbe, pero que la empresa no realizó ninguna acción tendiente a prevenir cualquier clase de riesgo al interior de la mina.

En ese orden, consideró que la empresa Minería Polaca SAS no dio cabal cumplimiento de su deber de identificar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales de los cuales puede estar expuesto su trabajador, incumpliendo a su deber, entre ellos, uno genérico, esto es, el previsto en los artículos 21, 56, 58 del Decreto 1295 del 94 y 57 del Código Sustantivo del Trabajo, al no demostrar ante esta instancia la existencia de factores de riesgo, las estadísticas de siniestralidad de la mina y por supuesto los planes de prevención y mitigación del mismo.

Por lo expuesto, condenó a la empresa Minería Polaca SAS al pago de la indemnización plena de perjuicios de que trata el artículo 216 del CST, así: \$254.674.937 por concepto de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Marielly Alexandra Cano Cano, \$35.430.088 por concepto de lucro cesante consolidado y futuro a favor de Luciana Villalba Restrepo (q.e.p.d) representada por Hendy Yadira Restrepo Restrepo; condenó a

la suma de \$ 30.000.000 por daño moral en un 50% para la esposa y el restante para su hija fallecida.

En lo que respecta a la empresa Bomar Colombia SAS, vinculada como litisconsorte, acotó que para la fecha de fallecimiento del señor Villalba (20/07/2011) se encontraba vinculado directamente con la empresa Minería Polaca SAS, no demostrándose que existiera algún tipo de solidaridad entre Bomar Colombia SAS y Minería Polaca SAS (Cd. a Fol. 189).

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme parcialmente con la anterior decisión, la parte demandante formuló recurso de apelación indicando que de conformidad con la definición de solidaridad de que trata el artículo 1768 del Código Civil, debe extenderse la solidaridad a la empresa Bomar Colombia SAS; que de las pruebas documentales y testimoniales se desprende que entre la sociedad Bomar Colombia SAS y Minería Polaca SAS existía una relación, que incluso podría tenerse como sustitución patronal, pues inicialmente laboraron para Minería Polaca SAS y luego para Bomar Colombia SAS; que al crear la nueva sociedad lo que se pretende es dejar sin derecho o posibilidad de que las personas puedan resarcir el daño. En síntesis, solicita que se revise el tema de la solidaridad y se condene a Bomar Colombia SAS. (Cd. a fol. 385).

5. Alegatos de conclusión. La parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando se revocada parcialmente la decisión de instancia en lo que refiere a la solidaridad, ya que no debió absolverse a la empresa BOMAR COLOMBIA SAS, sino proceder a su condena solidaria de conformidad con el Decreto 1335 de 1987 y además se allegaron los certificados de existencia y representación legal con las cuales es procedente configurar la solidaridad deprecada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Bomar Colombia SAS es responsable solidaria de las condenas impuestas a Minería Polaca SAS?

De la responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo

Con el propósito de desatar el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral entre el señor Darío Villalba Rico (q.e.p.d) y la empresa Minería Polaca SAS, a término indefinido entre el 28 de abril de 2009 al 22 de julio de 2011, y que su deceso fue como consecuencia del accidente de trabajo acontecido el 20 de julio de 2011, en la que medio culpa patronal de parte del empleador Minería Polaca SAS. Tampoco fue objeto de reproche la condena impuesta como indemnización plena de perjuicios de conformidad con el artículo 216 del CST, siendo el único disenso la solidaridad deprecada respecto de la sociedad Bomar Colombia SAS.

Al respecto, considera la Sala importante acudir a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, como en sentencia SL13686 del 2017, acerca a lo estipulado en el artículo 34 del CST, esto es, la responsabilidad solidaria existente entre el beneficiario de la obra y el contratista independiente. En esa medida, ha señalado la Corte que dicha disposición, tiene como finalidad garantizar y proteger a los trabajadores respecto al reconocimiento y pago de las acreencias laborales a que tienen derecho y que

resultan de la contratación que efectúe el beneficiario del servicio o el dueño de la obra con un contratista independiente a fin de ejecutar o prestar una obra o servicio.

Emerge de lo anterior sin duda que la solidaridad que atribuye el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo al beneficiario del trabajo o dueño de la obra, como fuente de responsabilidad laboral, excluye al contratante cuando las labores del trabajador resultan extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, por manera, que la citada disposición exige para que se reclame la responsabilidad solidaria en favor del trabajador se demuestre lo siguiente:

1. El contrato de obra entre contratante o beneficiario o dueño de la obra y contratista independiente.
2. El contrato de trabajo entre contratista independiente y trabajador.
3. El nexo de causalidad entre los dos contratos.

En otras palabras, se debe acreditar (i) la existencia de contrato de naturaleza no laboral entre el contratista y el beneficiario de la obra o prestación del servicio; (ii) que la obra y/o el servicio contratado guarden relación con actividades normales de la empresa o negocio del beneficiario de la obra o servicio; es decir, que la labor del contratista no sea extraña y ajena a la ejecutada normalmente por el contratante¹. (iii) Que exista contrato de trabajo entre el contratista y el demandante. (iv) Que el contratista o el subcontratista no cancelen las obligaciones de carácter laboral que tiene respecto de sus trabajadores.

Bajo este derrotero, ninguno de los presupuestos atrás anotados se logra acreditar en el legajo, dado que no obra prueba acreditativa de alguna relación civil o comercial entre la empresa Minería Polaca SAS y Bomar Colombia SAS, y si bien, obra copia de los certificados de cámara y comercio de cada una de las entidades (Fols. 50 a 52 y 141 a 146) en la que se otea que son dos empresas que comparten similar objeto social, es decir, se dedican a la minería, ello por sí mismo no logra estructurar la solidaridad pretendida, pues son dos empresas diferentes, en tanto que la empresa Minería Polaca SAS fue constituida desde el año 2007, mientras que Bomar Colombia SAS fue constituida en noviembre de 2011, y las dos tienen su matrícula vigente, además que tienen diferente domicilio y accionistas.

En ese orden, como la relación laboral del causante Darío Villalba Rico (q.e.p.d) y la empresa Minería Polaca SAS, se extendió hasta el 22 de julio de 2011, es decir, sin que para esa fecha existiera la empresa Bomar Colombia SAS, mal podría predicarse la solidaridad con esta última, y si bien, el único testigo que refirió someramente a la empresa Bomar Colombia SAS fue el señor Fernando Iván García, aduciendo que de un momento a otro se dio el cambio de nombre, pero ello aconteció cuando se fueron para Cúcuta, no obstante, debe recordarse que el señor Darío Villalba Rico (q.e.p.d) prestó sus servicios y ocurrió el accidente fue en Socotá – Boyacá (Fol. 24), por lo que de ninguna manera existen elementos de juicio para predicar la solidaridad suplicada por la parte activa.

De otro lado, predica la parte actora que, ante el cambio de razón social desde el punto de vista formal, se presentó una sustitución patronal, y ante tal panorama, lo primero que debe señalar la Sala es que conforme al artículo 67 del CST se entiende por sustitución patronal todo cambio de un patrono a otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en

¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Laboral. Sentencia del 17-04-2012. Radicación 38255. M.P. Jorge Mario Burgos Ruíz y del 06-03-2013. Radicación 39050. M.P. Carlos Ernesto Molina Monsalve.

el giro de sus actividades o negocios. Para que opere la sustitución de patronos es necesario que concurren tres requisitos: (i) cambio de patrono, que puede originarse en mutación de dominio (permuta, venta, cesión, traspaso, sucesión por causa de muerte) o enajenación del goce (arrendamiento, alquiler etc.) o alteración de la administración debido a la modificación de la sociedad, transformación o fusión de ésta, liquidación o cualquier otra causa, (ii) continuidad de la empresa, se refiere a que continúe el giro ordinario de los negocios y (iii) continuidad del trabajador en el servicio, es decir, que el trabajador continúe prestando el servicio en la empresa, pues al tenor del art 68 del mismo estatuto sustancial. La sustitución no extingue, suspende ni modifica los contratos de trabajo existentes.

Frente a esta figura, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL3001 de 2020, se citó el siguiente aparte:

"De acuerdo con este precepto, la sustitución de empleadores se configura cuando existe un cambio en la titularidad de la empresa, independientemente de cuál sea el negocio jurídico subyacente, y siempre que esta operación implique la continuidad de las actividades empresariales.

Por tanto, el cambio de titularidad de la empresa (sale un titular y entra otro respecto del mismo negocio), también conocido como sucesión de empresa (un empresario sucede a otro en la misma empresa) o transmisión de empresa (el titular anterior de la empresa la vende o traspasa a un nuevo titular) es un elemento ineludible para que la figura de marras se configure."

Además, en el referente jurisprudencial se indicó la diferencia que reside entre la tercerización laboral y la citada figura, acotando que:

"En la primera, el empresario «hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo» (CSJ SL467-2019), lo que usualmente se concreta a través de la figura de los contratistas y subcontratistas prevista en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo. Luego, en la tercerización laboral, hay una externalización de tareas o, si se quiere, un traspaso de actividades de una empresa a otra, pero sin transferencia de la organización empresarial. Por ello, la empresa cesionaria puede revertir la actividad cedida o delegarla en otro contratista.

En cambio, en la sustitución de empleadores, no solo hay una transmisión de actividad; también se transfieren las estructuras y elementos organizativos suficientes para dar continuidad a la explotación de bienes y servicios ofrecidos al mercado. Por tanto, no hay sucesión de empresas si no opera este trasvase de los medios organizativos y productivos de una compañía a la otra, que le permitan seguir explotando el negocio cedido.

Con fundamento en la normatividad legal y criterio jurisprudencial señalado, cumple precisar que existe total orfandad probatoria en punto a establecer que en esencia la sociedad Bomar Colombia SAS es la misma sociedad Minería Polaca SAS, pues se itera, esta última tiene su matrícula vigente, y no obra ninguna relación de carácter civil o comercial que permita por lo menos acercarse al estudio del primer requisito exigido por el artículo 67 del CST. Asimismo, la simple manifestación del testigo Fernando Iván García, aduciendo que de un momento a otro se dio el cambio de nombre, no tiene la suficiente entidad para concluir que Minería Polaca SAS pasó a ser Bomar Colombia SAS, pues ninguna prueba soporta tal aserción, máxime que la empresa Minería Polaca SAS donde prestó sus servicios el señor Darío Villalba Rico (q.e.p.d) tiene vigente su matrícula mercantil, es decir, no se encuentra liquidada o en proceso de liquidación, para poder establecer que Bomar Colombia SAS asumió sus obligaciones, en tal sentido, ante la orfandad probatorio en este aspecto, para la Sala no queda otro camino que confirmar la

decisión de instancia, la que con acierto consideró no demostrada la solidaridad con la sociedad Bomar Colombia SAS.

Costas.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 29 de julio del 2021, por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de 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 FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandantes: LUIS HERNANDO CASTELLANOS MORA
Demandados: ITANSUCA PROYECTOS DE INGENIERIA SAS y OTRO.
Radicado No.: 110013105-014-2019-00076-01
Tema: PRESCRIPCIÓN – INTERRUPCIÓN

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Luis Hernando Castellanos Mora, instauró demanda ordinaria contra Itansuca Proyectos de Ingeniería SAS y SNC-Lavalin Colombia SAS, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 11 de octubre de 2001 al 04 de noviembre del 2014; que se declare la solidaridad entre ambas empresas, siendo además la primera filial y la segunda matriz; que se declare que fue despedido sin justa causa; que se declare que fue obligado a suscribir la carta de renuncia bajo coacción; que se declare que la base salarial para la liquidación final no corresponde al salario devengado, y en consecuencia, se condene a las cesantías, intereses a las cesantías, primas legales y extralegales, vacaciones, horas extras, dominicales y festivos, prima de desempeño para el año 2014, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria, la indexación, los intereses, lo ultra y extra petita, y las costas y gastos procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que suscribió contrato de trabajo el 11 de octubre de 2001, y que durante los 13 años laborados no existió evidencia en su carpeta de haber recibido llamado de atención; que debía cumplir un horario de 7:30 am a 5:30 pm de lunes a viernes; que el salario devengado para el año 2014 era de \$3.308.504, más \$393.712 como auxilio de alimentación, el cual debía hacer parte del salario base de liquidación; que el 4 de noviembre de 2014 ilegalmente en una reunión programada por la empresa fue despedido; que en la anterior reunión se le obligó bajo presión y constreñimiento a suscribir una carta de renuncia que la empresa demandada ya tenía elaborada, ello para que no se expusiera al despido por acoso laboral y sexual endilgado por el empleador; que suscribió la carta de renuncia y fue sacado de la oficina acompañado por un funcionario de seguridad, previo retiro de los objetos personales en su

escritorio; el 14 de noviembre de 2014 radicó reclamación laboral y solicitud de documentos; que la demandada le adeuda las acreencias laborales expuestas en la demanda, al no tener en cuenta el auxilio de alimentación como salario (Fol. 161 a 169).

2. Contestación de demanda.

2.1. SNC- Lavalin Colombia SAS y/o Itansuca S.A.. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada, indicando que la terminación del contrato no obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa, sino por la renuncia expresa, libre, consciente y voluntaria del demandante, renuncia donde se manifestó que lo era por motivos personales, misma que fue aceptada el 4 de noviembre de 2014; que la liquidación del contrato de trabajo fue realizada con el salario base devengado, sin que deba tenerse en cuenta el auxilio de alimentación, ello dado que se acordó que tal emolumento no tendría naturaleza salarial. Como excepciones de fondo rotuló las de prescripción, inexistencia de la obligación, el demandante no prueba los supuestos que soportan sus pretensiones, inexistencia de la obligación por pago y cobro de lo no debido, actuación indebida del demandante, temeridad de la demanda, la genérica, terminación del contrato de trabajo conforme a derecho e inexigibilidad de una indemnización por terminación unilateral y sin justa causa, legalidad de la liquidación final de acreencias laborales, buena fe de la compañía e improcedencia de la indemnización moratoria, y compensación (Fol. 242 a 268).

2.2. SNC- Lavalin International Inc. Sucursal Colombia. Al dar respuesta a la demanda, se opone a las pretensiones al considerar que la compañía no ha tenido ninguna relación laboral, comercial ni de ninguna otra índole con el demandante, razón por la cual no se puede derivar la existencia de la solidaridad pretendida. En su defensa propuso como excepciones las de ausencia de solidaridad en cabeza de la compañía, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, cobro de lo no debido, temeridad de la demanda y actuación indebida del demandante, la genérica y subsidiariamente la de compensación. (Fol. 269 a 295).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de julio del 2021, en la que la falladora declaró probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas SNC Lavalin Colombia SAS y/o Itansuca SAS, y SNC Lavalin Internacional INC Sucursal Colombia, absolviéndolas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Luis Fernando Castellanos Mora.

Para arribar a tal determinación, precisó preliminarmente que quedó establecido que el demandante prestó sus servicios desde el 11 de octubre de 2001 hasta el 4 de noviembre de 2014, desempeñando como último cargo el de Gerente Administrativo, vinculación que terminó por renuncia presentada por el demandante el 4 de noviembre de 2014, ante lo cual, el problema jurídico se concretó en determinar si el acto de renuncia carece de validez o eficacia jurídica por no constituir un acto voluntario y espontánea, y en segundo lugar, si el auxilio de alimentación que percibía tiene naturaleza salarial, y de ser así, si hay lugar a la reliquidación de las prestaciones pretensas. Asimismo, si hay lugar a declarar la solidaridad con la codemandada Lavalin International INC Sucursal Colombia.

Manifestó que sería del caso resolver los problemas jurídicos; sin embargo, por economía procesal era procedente iniciar resolviendo la excepción de prescripción

en la medida en que el contrato finalizó el 4 de noviembre de 2014 y la demanda se presentó el 25 de enero de 2019. Adujo luego de hacer un recuento de la naturaleza jurídica de la prescripción, que el demandante debió haber intentado dentro del término trienal la acción ordinaria, o haberse interrumpido la prescripción en los términos que establece el artículo 151 del CPTSS y artículo 488 del CST.

En efecto, encontró que mediante escrito calendado el 14 de noviembre de 2014 se presentó derecho de petición ante la demandada Itansuca SAS, misma que fue respondida el 27 de noviembre del 2014, por lo que al interrumpirse la prescripción por una sola vez, tenía hasta el 27 de noviembre de 2017 para presentar la demandada laboral, misma que solo fue interpuesta hasta el 25 de enero de 2019, es decir, después de más de 4 años, superándose el término previsto en la norma procesal y sustancial, con lo cual, se declaró probada la excepción de prescripción, absolviéndose a las demandadas de las suplicas del actor.

Igualmente, manifestó que la argumentación esgrimida en los alegatos de conclusión, no es de recibo, ya que el hecho de haber interpuesto previamente la demanda, de la cual fue objeto de rechazo, con la posterior confirmación por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, no tiene la virtualidad o suficiencia de desvirtuar la conclusión de declarar probada la excepción de prescripción, máxime que la interrupción judicial de la prescripción a voces del artículo 94 del CGP es una vez se admite y notifica el auto admisorio, por lo que no puede pretenderse que una demanda que fue rechazada tenga la vocación de interrumpir la prescripción, más cuando es la misma parte actora que no procedió a subsanar los defectos hallados en la primera demanda presentada, actuación que no puede ahora ser imputada al juez colegiado. (Cd. fol. 334)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la decisión, la apoderada judicial de la parte demandante formuló recurso de apelación sosteniendo que la prescripción fue interrumpida, precisamente por la aceptación de los hechos por parte de la demandada frente al auxilio de alimentación, el cual era cancelado en forma mensual y constituía un ingreso para el trabajador, mismo que no fue tomada en cuenta para la base de la liquidación; que se debe tener en cuenta que la justa causa que adujo el empleador no se pudo probar; que respecto a la prescripción, debe darse por no probada, ya que no fue negligencia del trabajador y tampoco se está culpando al cuerpo colegiado, simplemente pasaron dos años antes de que ellos dictaran la sentencia de rechazo de la demanda, y hubo un salvamento de voto donde perfectamente se hubiera podido tener en cuenta que la suscrita sí corrigió lo solicitado por ese Despacho; que debe declararse la solidaridad entre las dos empresas; que su poderdante no fue negligente, trató durante todos los tres años de acudir a la justicia; que después de la sentencia que rechazó la demanda, también interpuso tutela contra esa decisión, de manera que la prescripción obra como castigo al trabajador por no haber hecho lo que le correspondía, pero que en el presente caso no fue así; en síntesis, solicita que se acceda al recurso de apelación, y se revoque la sentencia y en lugar, se acepten las pretensiones solicitadas por el trabajador.

5. Alegatos de conclusión.

5.1 Demandante: Solicita que se revoque la sentencia de primer grado, ya que si bien ha transcurrido el tiempo, debe tenerse en cuenta que primeramente se instauró demandan ante el Juzgado 36 Laboral el 25 de septiembre de 2015,

subsanada el 18 de marzo de 2018, el cual fue rechazada e ingresó al Tribunal en octubre de 2016 hasta el 17 de mayo de 2018 que se decide confirmar el rechazo de la demanda; que sobre la anterior decisión instauró acción de tutela, el cual fue negada por la Corte Suprema de Justicia, y por ello procedió nuevamente a instaurar la demanda laboral que hoy se tramita, por lo anterior, se evidencia que no existió negligencia del demandante, sino demora del aparato judicial, no debiendo correr con las consecuencias el trabajador; que se interrumpió la prescripción con la aceptación de los hechos por la parte demandada.

5.2 SNC LAVALIN COLOMBIA SAS: Solicita que se confirme la decisión de instancia, dado que se configuró la excepción de prescripción en los términos como fue declarado por la a quo.

5.3 SNC LAVALIN INTERNATIONAL INC SUCURSAL COLOMBIA: Solicita que se confirme la decisión de instancia, absolviéndose a la entidad de todas las suplicas reclamadas por el actor, máxime cuando entre el demandante y la entidad no ha existido ningún contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿Operó el fenómeno de la prescripción extintiva o por el contrario, la presentación previa de una demanda ordinaria laboral que fue rechazada permite inferir que con aquella el término de prescripción puede ampliarse?

Prescripción

Con el propósito de desatar el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral entre el señor Luis Hernando Castellanos Mora y la empresa Itansuca Proyectos de Ingeniería Ltda, entre el 11 de octubre de 2001 al 4 de noviembre de 2014, pues así quedó acreditado con el contrato de trabajo visible a folios 201 a 203, el otro sí al contrato de trabajo que milita a folios 209, 213 y 214, y la liquidación final del contrato que obra a folio 38, aspecto así declarado en la primera instancia, y que no fue objeto de censura por las partes, siendo el disenso principal la prosperidad o no de la prescripción.

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

Resulta pertinente traer a colación lo adocinado por la Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2009, en la que al analizar la figura de la prescripción y las cargas procesales de las partes, asienta: *"En criterio de la Corte Suprema de Justicia que ha sido acogido por esta Corporación, las cargas procesales son aquellas situaciones*

instituidas por la ley que comportan o demandan una conducta de realización facultativa, normalmente establecida en interés del propio sujeto y cuya omisión trae aparejadas para él consecuencias desfavorables, como la preclusión de una oportunidad o un derecho procesal e inclusive hasta la pérdida del derecho sustancial debatido en el proceso. De allí que la posibilidad de las partes de acudir a la jurisdicción para hacer efectiva la demanda de sus derechos en un término procesal específico, son cargas procesales que puede válidamente determinar el legislador en los términos señalados”.

En el sub examine, la cognoscente de instancia declaró probada la excepción de prescripción frente a las pretensiones del actor, en razón a que la demanda se presentó después de más de cuatro años de finalizada la relación laboral.

Ahora, el actor plantea la discusión argumentando que no fue negligencia de él en interponer la demanda laboral, sino que previamente se interpuso la demanda laboral y fue rechazada, pasando un aproximado de dos años en resolver la apelación por parte del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, término que no debería computarse para efectos del estudio de la excepción de prescripción.

De entrada, esta Sala de Decisión se aviene a la postura esgrimida por la Cognoscente de instancia, dado que la sola presentación previa de la acción laboral, que de hecho fue rechazada, no permite extender el término trienal de prescripción, o dicho de otra manera, entre la fecha de presentación de la demanda y su posterior decisión de confirmar el rechazo por parte del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, no genera la virtualidad de suspender el término prescriptivo, máxime que no existe norma procesal que fundamente tal posición.

Ahora, en efecto la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha adocinado que en ciertos eventos no puede imponérsele una carga desproporcionada al demandante que ha obrado diligentemente (SL5159-2020), como lo es en los eventos en que se presentan divergencias doctrinarias y jurisprudenciales en materia de competencia y jurisdicción, es decir, bajo circunstancias que no son atribuibles al accionante, sino a la administración de justicia; empero, en el sub examine no estamos frente a un evento similar, ya que lo acontecido fue el rechazo de una demanda previamente interpuesta, que al no haberse admitido impidió la interrupción judicial de la prescripción a voces del artículo 94 del CGP, por lo que, mal podría entenderse que con la sola presentación de la misma puede configurarse los presupuestos del citado artículo.

Asimismo, el hecho de que haya transcurrido una extensión de tiempo significativo entre la interposición de la demanda y la decisión del Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, según el dicho de la profesional del derecho en los alegatos conclusivos y en el recurso de alzada, no genera que ese lapso haya dejado de correr el término prescriptivo, pues la presentación de la demanda solo genera la interrupción una vez se admite la misma y se notifica a los demandados dentro del año siguiente a su admisión (Artículo 94 CGP), lo que no aconteció con la primera demanda radicada por el actor.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la relación laboral feneció el 4 de noviembre de 2014 (Fol. 34 y 37), es a partir de ese momento que se presenta la exigibilidad del derecho reclamado, debiéndose instaurar el proceso ordinario laboral dentro de los 3 años siguientes o interrumpir la prescripción con el simple reclamo, último aspecto que aconteció con la reclamación presentada el 14 de noviembre de 2014

(Fol. 25 a 29), resuelta de manera negativa el 27 de noviembre de 2014 (Fol. 30 a 31), pero como la presente acción se presentó el 25 de enero de 2019 (Fol. 170), es decir, posterior al término establecido en los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se encuentran más que acreditada la excepción de prescripción, tal y como lo sentenció la a quo.

Valga precisar que, la aplicación de la prescripción no es una herramienta de interpretación amplia o extensa basada en criterios de justicia, sino por el contrario es de interpretación restrictiva, y por tanto, en el sub litem, si bien la actora inició un proceso ordinario contra el ex empleador para el reconocimiento de acreencias laborales, ello no implica que el término de prescripción ante el rechazo de la demanda se vea suspendido hasta que el Tribunal decidió el recurso de alzada, pues ni siquiera tal supuesto encaja en la suspensión de la prescripción que trae el Código Civil consagrada en el artículo 2530, como en el caso y a favor de los incapaces, a efecto de prohijar que el término de prescripción estaba atado a lo que resolviera el Tribunal en su momento, pues se itera, lo procedente era que el actor hubiera adelantado las gestiones necesarias para evitar que sobrepasaran los tres años de que trata el artículo 151 del CPTSS y artículo 488 del CST.

Igualmente, aduce que se presentó interrupción de la prescripción al haberse aceptado en los hechos por parte de la demandada el reconocimiento del auxilio de alimentación, el cual era cancelado en forma mensual y constituía un ingreso para el trabajador, ante lo cual, debe decirse que, puede presentarse la interrupción civil o judicial que obra en favor de uno o varios codeudores, por lo que se hace necesario acudir a la disposición del Código Civil que regulan tal cuestión, en virtud de lo dispuesto en el artículo 145 del C.P.T. y de la S.S., que no es otra que lo dispuesto en el artículo 2539 y s.s., que indica la procedencia de la interrupción y sus efectos:

"ARTÍCULO 2539. <INTERRUPCIÓN NATURAL Y CIVIL DE LA PRESCRIPCIÓN EXTINTIVA>. *La prescripción que extingue las acciones ajenas, puede interrumpirse, ya natural, ya civilmente.*

Se interrumpe naturalmente por el hecho de reconocer el deudor la obligación, ya expresa, ya tácitamente.

Se interrumpe civilmente por la demanda judicial; salvo los casos enumerados en el artículo 2524."

A partir de la citada disposición, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL5262-2018, que reiteró las sentencias SL9319-2016 y SL624-2017, concluyó sobre tal supuesto normativo lo siguiente:

"En virtud de todo lo expuesto en precedencia, conviene resumir de la siguiente manera las reglas jurisprudenciales reseñadas:

- *La prescripción se puede interrumpir de dos maneras: por el acreedor y por el deudor.*
- *La interrupción de la prescripción contemplada en los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS la hace el acreedor dentro de los tres años siguientes a la exigibilidad del derecho.*

- *El término de prescripción para los derechos de los trabajadores oficiales se comienza a contar una vez transcurran 90 días después de finalizada la relación laboral.*
- *La interrupción que provenga del acreedor puede operar una sola vez y el escrito que presente debe cumplir con unas exigencias mínimas.*
- *Mientras no se agote la reclamación administrativa, en caso de reclamación del trabajador, el término de prescripción se encuentra suspendido.*
- *La interrupción natural de la prescripción, consagrada en el artículo 2539 del CC, es la que realiza el deudor cuando reconoce expresa o tácitamente la deuda, dentro del término trienal.*
- *La renuncia de la prescripción es el reconocimiento de la obligación que hace el deudor, posterior a la consolidación del plazo prescriptivo de los tres años.*
- *Tanto la interrupción natural como la renuncia por parte del deudor generan el efecto de volver a contabilizar de nuevo el término prescriptivo.*
- *La interrupción natural del deudor, a diferencia de la interrupción proveniente del acreedor, se puede producir varias veces.*
- *La interrupción del acreedor y la interrupción natural del deudor no son excluyentes e incompatibles, pues cuando ambas se presentan, para efectos de la prescripción, se toma en cuenta la última de ellas.*
- *Para que la interrupción del acreedor y la interrupción natural puedan confluir, ambas deben producirse con anterioridad a la extinción del término trienal de prescripción.*
- *La interrupción natural del deudor bien puede ser el producto de un reclamo efectuado por el acreedor o surgir voluntariamente, esto es, puede ser espontánea o provocada, solo que si se está frente a situaciones contempladas en el artículo 6° del CPTSS, esto es, ante reclamaciones escritas por parte del trabajador cuando el objeto sea demandar a la Nación o a cualquier entidad de la administración pública, es pertinente también aplicar las reglas relativas a la interrupción del acreedor o trabajador inicialmente explicadas.*

Así las cosas, aplicado al presente asunto el referente normativo y jurisprudencial atrás esbozado, debe decirse que no es cierto que se haya reconocido que el auxilio de alimentación constituya factor salarial, pues si bien es cierto se acepta su pago, no pasa lo mismo con su incidencia prestacional, de hecho desde la respuesta a la reclamación administrativa se le menciona que tal auxilio "se reconocía de manera extralegal, por mera liberalidad y sin carácter salarial" (Fol. 30), posición replicada en la contestación de la demanda (Fols. 242 a 268), por lo que de ninguna manera puede entenderse que por parte del deudor haya existido una aceptación tácita o expresa acerca de que el auxilio de alimentación constituya factor prestacional, en ese sentido, se despacha de manera desfavorable la alzada propuesta en esa dirección.

Por otro lado, menciona la parte actora que se debe tener en cuenta que la justa causa que adujo el empleador no se pudo probar; empero, la discusión propuesta no radica en el estudio de si existió o no justa causa en la finalización del contrato, dado que lo que se presentó fue la renuncia por parte del trabajador, siendo la tesis del actor el que aquella renuncia fue bajo presión y constreñimiento, evento en el

cual, debía acreditar el actor tal situación, conforme el postulado *onus probandi*, siendo que los vicios del consentimiento deben estar suficientemente probados en el proceso para que el juez pueda declararlos, tal y como lo ha reiterado bastamente la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la reciente SL572-2018, en la cual reiteró:

"...Frente a los vicios del consentimiento, esta Corporación en su jurisprudencia ha sostenido que no se pueden presumir por el juez laboral sino que deben estar suficientemente acreditados dentro del juicio, en el entendido de que "...con arreglo a los arts. 1508 a 1516 del C.C, el error, la fuerza y el dolo como vicios del consentimiento capaces de afectar las declaraciones de voluntad, no se presumen, deben acreditarse plenamente en el proceso" (sentencias SL16539-2014, SL10790-2014 y SL13202-2015)."

Descendiendo al caso concreto, nótese que la parte actora no allegó ninguna probanza con la cual sustente sus pretensiones, pues solo se tiene la carta de renuncia y su aceptación, y si bien se alude a que fue presionado para presentar la renuncia al finalizar la diligencia de descargos realizada el 4 de noviembre de 2014 (Fol. 224 a 226), ello esta huérfano de prueba, pues los testigos traídos por la actora, no dan cuenta de aquella situación particular. En el caso de Omaira Heredia Cruz manifestó no tener certeza de como ocurrió la terminación, ya que no se encontraba en la entidad, y para ese momento lo que recuerda es solo que recibió una llamada del demandante para que lo acompañe a la diligencia de descargos, pero que perdió la comunicación y no supo más del tema; y en cuanto al señor José Raúl Solano, manifestó que para la fecha en que él se retiró de la empresa, el demandante aún seguía laborando, es decir, nada de sus dichos dan cuenta de lo acontecido el 4 de noviembre de 2014 que deje entrever la presión o constreñimiento alegado.

De lo anterior, en estricta consonancia con los puntos objeto de apelación, y al no quedar más que resolver, lo procedente es confirmar la decisión de instancia en su integridad.

COSTAS

En segunda instancia se impondrán costas a cargo del demandante y, a favor de la parte demandada, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de julio del 2021, por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS en esta instancia en favor de las demandadas y a cargo del demandante. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

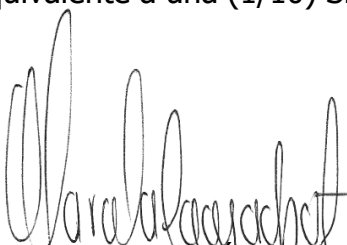


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de SNC Lavalin Colombia SAS y/o Itansuca SAS, y SNC Lavalin Internacional INC Sucursal Colombia y a cargo del demandante, el equivalente a una (1/10) SMMLV, esto es, la suma de \$ 100.000 a favor de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **ANA ROSA LEIVA DE VIVAS**
DEMANDADO: **PORVENIR S.A. y COLPENSIONES.**
RADICACIÓN: **110013105-022-2021-00046-01**
ASUNTO: **CONSULTA Y APELACIÓN**
TEMA: **CORRECCIÓN DE HISTORIA LABORAL Y DEVOLUCIÓN DE SALDOS.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar al Dr. NICOLÁS RAMÍREZ MUÑOZ, identificado en legal forma, como apoderado sustituto de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA **ANTECEDENTES RELEVANTES**

1. Demanda. La señora ANA ROSA LEIVA DE VIVAS a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES y PORVENIR S.A. a incluir en la historia laboral los tiempos adeudados por el empleador Servicios de Limpieza Ltda, así como reportar tales semanas ante PORVENIR S.A.; respecto de COLPENSIONES, y de PORVENIR S.A. pretende el reconocimiento del bono pensional, los rendimientos, la actualización, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que se afilió al ISS desde el 1 de agosto de 1995 hasta el 30 de noviembre del 2000, y que el 1 de febrero del 2000 se trasladó a PORVENIR S.A.; que en la historia laboral de PORVENIR S.A. solo se reportan 149 semanas cotizadas en el RMPMD, debiendo serlo de 173 semanas por el periodo laborado para Servicios y Limpieza Ltda; que PORVENIR S.A. le manifestó que no es procedente la devolución de saldos al no contar con 150 semanas anteriores a la afiliación al RAIS; que el 28 de febrero de 2019 radicó corrección de historia laboral ante COLPENSIONES; que el 7 de junio de 2019 radicó ante COLPENSIONES solicitud de corrección de historia laboral y cobro de los períodos

efectuados por el empleador, para que se reporten al Ministerio de Hacienda y Crédito Público- Oficina de Bonos Pensionales; que el 12 de junio de 2019 radicó ante PORVENIR S.A. corrección de historia laboral; que el 18 de junio de 2019 COLPENSIONES le informa que está realizando el cobro al empleador de los periodos dejados de cotizar; que el 10 de octubre de 2018 COLPENSIONES requiere a Servicios de Limpieza Ltda para que efectuó el pago de los tiempos adeudados; que PORVENIR S.A. el 25 de junio de 2019, le responde informándole que los periodos en vigencia de Colpensiones debe realizarse bajo la figura del cálculo por omisión, por lo que queda a la espera de que Colpensiones le informe la metodología; que la demora de Colpensiones y Porvenir S.A. ha generado que no pueda acceder al reconocimiento del bono pensional a la cual tiene derecho (Fols. 2 a 8 Archivo No 1)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 30); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones

- **Colpensiones:** Arguye que Colpensiones solo puede corregir la historia laboral con los soportes válidos arrojados en la solicitud, y los mismos no existen, además que ha desplegado las acciones de cobro coactivo al empleador Servicio y Limpieza Ltda, mediante proceso de cobro No 2018-1269118 por la suma de \$50.834.441, la cual no ha realizado el pago de tal valor. Como medios enervantes de las pretensiones propuso las que denominó inexistencia del derecho reclamado, falta de legitimación en la causa por pasiva, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración del derecho al pago del ICP, ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 15 Archivo contestación).

- **PORVENIR S.A.:** Como réplica a la demanda precisó que se opone a todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante, en razón a que es a COLPENSIONES a quien le corresponde adelantar las acciones de cobro correspondientes a la mora en que hayan incurrido los empleadores de la demandante durante la vigencia de su afiliación, asimismo, que la demandante no tiene derecho al bono pensional al no contar con las 150 semanas de cotización en el ISS. Como excepciones de fondo rotuló las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, hecho imputable a un tercero, compensación, buena fe de Porvenir S.A., prescripción, y la innominada o genérica (Fol. 1 a 7 Contestación).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 17 de noviembre de 2021, mediante la cual el Juzgado ordenó a Colpensiones a que incluya y contabilice dentro de la historia laboral de la demandante, los ciclos comprendidos del 1º de enero al 31 de julio de 1999, equivalente a 30.03 semanas, e igualmente registre tal periodo ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público; ordenó a PORVENIR S.A. que solicite a la demandante la aprobación de su historia laboral y adelante los trámites ante la Nación- Ministerio de Hacienda y Crédito para la emisión y redención del bono pensional correspondiente; condenó a PORVENIR S.A. que una vez redimido el bono pensional por parte del Ministerio de Hacienda y Crédito Público se realice la devolución de

saldos a favor de la actora; declaró no probada las excepciones propuestas, y gravó en costas a las demandadas (fls. 1 a 2 Archivo 2021-046 fallo).

Su decisión se basó en que COLPENSIONES tenía conocimiento de la deuda por parte de Servicios de Limpieza Ltda, ya que está su afiliación y la mora patronal, por lo que tenía la potestad de iniciar el cobro coactivo como la ley lo brinda, lo que en efecto hizo en el año 2018, y que a pesar de que la entidad no ha pagado lo que Colpensiones le está requiriendo por valor de \$58.834.441, lo cierto es que el afiliado no puede correr con las consecuencias, y por ende, se debe contabilizar en la historia laboral de la actora el periodo faltante desde el 1 de enero de 1999 hasta el 31 de julio de 1999, el cual corresponde a 30.03 semanas, que sumadas a las 144.29 semanas, da un total de 174.32 semanas cotizadas.

Conforme lo anterior, y atendiendo a que la pretensión consiste en la devolución de saldos por periodos cotizados en el ISS, hoy Colpensiones, ordenó a PORVENIR S.A. que una vez cuente con la historia laboral corregida y la aprobación de la misma por parte de la actora, para que adelante los trámites ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con el fin de que este proceda a la emisión del bono pensional tipo A, modalidad 2, para que luego haga parte de las aportaciones de la actora en la cuenta de ahorro individual, y proceda a la devolución de saldos correspondiente.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue recurrida por Colpensiones, quien manifestó que deben modificarse los numerales 1,2 y 6 de la sentencia recurrida, ya que el actuar ante la mora patronal del empleador por parte de Colpensiones es diligente, y se constata con el radicado No 2018-126918 por valor de \$58.834.441 a cargo del empleador, pero tal valor no ha sido pagado, por lo que solo hasta el pago o resolución del cobro coactivo es que Colpensiones puede incluir las semanas del 1 de enero hasta el 31 de julio de 1999; que la condena debe quedar condicionada al resultado de la mora patronal, de conformidad con la sentencia SL263-2020 y SL514-2020; que de la documental aportada se puede concluir la existencia de la relación laboral, pero no el pago de los periodos faltantes, por lo que Colpensiones inició diligentemente el cobro coactivo, debiendo por ello condicionarse la corrección de la historia laboral al resultado de la acción de cobro.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicita que se despache de manera negativa las pretensiones de la actora, ya que COLPENSIONES inició el proceso de cobro coactivo contra el empleador moroso, sin embargo, no se ha logrado obtener la parte del empleador el pago, aunado a que se presenta falta de legitimación en la causa, dado que debería haberse convocado al ex empleador al proceso.

6.2 Demandante. Peticiona que se confirme la decisión de instancia, ya que el bono pensional es fruto del ahorro del trabajador durante toda su vida laboral, además que Colpensiones tiene las facultades para proceder al cobro de los aportes en mora y no lo ha realizado, situación que no puede perjudicar a la reclamante.

6.3 Porvenir S.A. Pide que se confirme la decisión de instancia en la que se absolvió a la demandada, por considerarse ajustada a la legalidad la sentencia de primera instancia.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS, que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por el recurrente, así mismo, se estudiará en el grado jurisdiccional de consulta en lo que haya sido desfavorable a Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 *ejusdem*.

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) ¿Es procedente corregir la historia laboral de la actora en la que se incluya como periodo cotizado las semanas que van desde el 1 de enero hasta el 31 de julio de 1999? En caso positivo (ii) ¿La acreditación de las semanas en la historia laboral debe quedar condicionada a los resultados de la acción de cobro coactivo adelantado por Colpensiones?

Mora patronal- acreditación de la prestación del servicio.

Previo a zanjar la controversia planteada, la Sala advierte que no hay discusión sobre los siguientes supuestos fácticos: (i) Que el demandante nació el 19 de agosto de 1961 (fol. 1 archivo A3); (ii) Que estuvo afiliado al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, desde el 01 de agosto de 1995, realizando aportes en calidad de trabajador del sector privado hasta el 30 de noviembre de 1999, logrando cotizar un total de 144.29 semanas (fols. 1 a 7 historia laboral) y se trasladó al régimen de ahorro individual administrado por Horizonte, hoy Porvenir S.A. el 01 de febrero de 2000, cotizando 778 semanas (fol. 7 Archivo A3); (iii) Que mediante oficio del 1 de agosto de 2019 Porvenir S.A. le otorga el valor de \$26.092.971 como devolución de saldos por los aportes realizados en el RAIS (Fols. 62 Contestación Porvenir .S.A); (iv) Que COLPENSIONES S.A. inició proceso de cobro persuasivo 2018-12689118 ante Servicios de Limpieza Ltda, por valor de \$ 50.834.441 como deuda presunta por los periodos en que presenta mora respecto de la aquí demandante (Fols. 35 a 46 archivo A3).

Así las cosas, el punto neural del debate se centra en determinar si la corrección de la historia laboral en la que se incluyan como efectivamente cotizadas las semanas del 1 de enero hasta el 31 de julio de 1999 deben ser cargadas por Colpensiones, o su concreción debe quedar condicionada a que se resuelva el proceso de cobro coactivo adelantado por Colpensiones ante la sociedad Servicios de Limpieza LTDA.

Para resolver de tajo el problema jurídico, tiene dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral que: "*Los derechos pensionales y las cotizaciones son un corolario del trabajo; se causan por el hecho de haber laborado*" y "*en el caso del trabajador dependiente afiliado al (...), la condición de cotizante está dada fundamentalmente por la vigencia de la relación laboral, y por virtud de la prestación efectiva del servicio (...)*" (sentencia SL18108 de 2017).

Igualmente, en sentencia SL3845-2021, tiene dicho la Corte al respecto que:

"Si bien esta Sala, ha sostenido en forma pacífica, que las administradoras de pensiones son las responsables por los aportes de los empleadores que se encuentren en mora y frente a quienes no hayan efectuado las gestiones y acciones de cobro respectivo, a las que están obligadas, omisión que no puede

trasladarse al asegurado, ello ha sido bajo la certeza de la existencia de vínculo contractual con el trabajador y la efectiva prestación del servicio por parte de este, que es lo que da lugar al pago de aportes, situación fáctica de la que aquí no se tiene certeza, ni puede derivarse con meridiana claridad de dicho medio probatorio”.

En la misma línea de pensamiento, la Corte Constitucional en sentencia SU182 de 2019, ha decantado que en eventos en los cuales se acuda a la corrección de la historia laboral, o donde el empleador ya se ha liquidado y no sea posible obtener la documental que lleve a la certeza del tiempo laborado, debe acudir a cualquier medio probatorio supletorio con el fin de no hacer nugatorios los derechos de quien pretende el reconocimiento de tiempo de servicios para acceder a las prestaciones económicas del sistema.

En tal oportunidad la Corte Constitucional estableció:

De acuerdo con el marco legal, no hay una única prueba solemne ni exclusiva para demostrar los tiempos trabajados. Desde el siglo pasado, el ordenamiento jurídico previó que la documentación física podía perderse; por lo que resultaba irrazonable exigir el certificado documental como el único medio de prueba válido. En el sector público, por ejemplo, la Ley 50 de 1886, “que fija reglas generales sobre concesión de pensiones y jubilaciones” estableció que en aras de obtener un reconocimiento pensional del “tesoro nacional”, la prueba escrita era la idónea. Sin embargo, aceptó que cuando la misma no fuese posible de recuperar, se podría acudir a otros medios supletivos de prueba, como la testimonial. Tratándose del sector privado, el artículo 264 del Código Sustantivo del Trabajo trae una consideración similar, al permitir la prueba supletoria, cuando no se pueda obtener la certificación del tiempo laborado.

165. Con fundamento en estas normas, la Corte ha defendido el principio de libertad probatoria que rige las relaciones laborales. Y aunque se presume la buena fe de los afiliados, también ha sostenido que “el reconocimiento de la prestación periódica exige cierto nivel de certeza de los supuestos fácticos que se pretenden reconstruir y acreditar”.

De conformidad con lo expuesto y descendiendo al caso en concreto, debe decirse que respecto al período del 1 de enero de 1999 al 31 de julio de 1999, si se constata la existencia de la relación laboral, incluso es la misma entidad Colpensiones quien en la historia laboral registra en la casilla 36, que **SI**, lo que traduce en que existe “un registro de afiliación o relación laboral”, aunado a que con el empleador Servicios de Limpieza Ltda, con identificación de aportante No 800082661 se venían realizando los aportes desde el 1 de agosto de 1995 y hasta ciclo de noviembre de 1999, presentando deuda o mora patronal para el periodo del 1 de enero hasta el 31 de julio de 1999, lo que llevaba a Colpensiones que ante la falta de pago por parte del empleador debía hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, lo que en efecto hizo Colpensiones, pero solo hasta el año 2018, y ello aconteció producto de una acción de tutela interpuesta por la actora en la que insistía en el corrección de la historia laboral (Fols. 18 Archivo A3), por lo que no es de recibo la defensa de Colpensiones en que ha actuado de manera diligente, pues la mora patronal data del año 1999, y la acción de cobro la inició en el año 2018.

En ese orden, entera razón le asiste a la a quo en ordenarle a COLPENSIONES que corrija la historia laboral con los periodos faltantes, sin que el proceso de cobro pueda perjudicar el derecho reclamado por la parte actora ante PORVENIR S.A., es decir, la devolución de saldos, en la que se tenga en cuenta todas las semanas cotizadas en el otrora ISS, hoy Colpensiones, pues al respecto, inveteradamente la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha sostenido que *"la demora o incumplimiento en el pago de los aportes, por parte del empleador, no puede acarrear la consecuencia de perder las semanas ya que la entidad de seguridad social encargada de recibir los aportes dispone de los mecanismos idóneos para procurar su pago y por lo tanto, no es posible que la negligencia de la entidad de seguridad social deba trasladarle consecuencias negativas al afiliado, como la de impedir que se reconozca la prestación por falta del número mínimo de aportes, además porque el trabajador, se ampara en el principio de confianza legítima y de buena fe, en el sentido de considerar que las cotizaciones que debió realizar el empleador, y de las que nunca le fue reportada alguna anomalía, son válidas.* (Radicación No 38622 del 17 de mayo de 2011)

En orden a lo anterior, esta Colegiatura confirmará la orden impuesta a COLPENSIONES en la primera instancia, por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado, además de revisarse la sentencia en el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de Colpensiones. 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 conocida en apelación y consulta, proferida el 17 de noviembre de 2021, por el Juzgado 22 Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME EDUARDO MENDOZA OROZCO
Demandada: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN
Radicado No.: 36-2018-00071-01
Tema: CONTRATO REALIDAD- APELACIÓN PARTES – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Eduardo Mendoza Orozco instauró demanda ordinaria contra Fundación Universitaria San Martín, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral ininterrumpida desde el 21 de noviembre de 1990 hasta el 12 de febrero de 2015, la cual fue terminada por parte del demandante con justa causa en razón a los incumplimientos sistemáticos e injustificados en los cuales incurrió la demandada. En consecuencia, solicita que se disponga a su favor el pago de salarios que sin justa causa dejó de percibir entre el 1 de septiembre de 2014 al 12 de febrero de 2015 de conformidad con el artículo 140 del CST, prima de servicios, auxilio de cesantía y sus intereses, vacaciones, aportes al sistema de seguridad social integral, indemnización por despido sin justa causa, indemnización moratoria, sanción por el no pago de intereses a las cesantías, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que prestó servicios de manera personal mediante contrato de trabajo a término indefinido a favor de la enjuiciada desde el 18 de julio de 1990 (SIC), desempeñando los cargos de jefe de admisiones, secretario general, asesor de presidencia y abogado de la vicepresidencia jurídica. Indicó que el último salario percibido correspondió a la suma de \$6.734.201, además, que prestó sus servicios hasta el 12 de febrero de 2015 en razón a que dio por terminado el contrato de trabajo suscrito dado los incumplimientos sistemáticos e injustificados en los que incurrió su empleador. Por último, expuso que la demandada no ha cancelado sus acreencias laborales. (Expediente digital, carpeta 01. Expediente digitalizado hasta marzo de 2020, PDF 01. 01. Expediente digitalizado 2018-00071, págs. 3 a 15 y 87 a 94).

2. Contestación de la demanda. La demandada se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que entre las partes no existió una sola relación laboral, sino diferentes vínculos contractuales, principalmente de prestación de servicios, último nexo contractual existente entre las partes, el cual culminó por decisión unilateral y voluntaria

del demandante, sin que exista prueba alguna de una supuesta justa causa, como se alega, razón por la cual no adeuda los conceptos y montos pretendidos, máxime cuando entre el periodo del 1 de septiembre de 2014 al 12 de febrero de 2015 el actor no prestó los servicios acordados. Frente a los supuestos fácticos no aceptó ninguno de estos y en su defensa propuso las excepciones de mérito de buena fe, cobro de lo no debido, compensación y prescripción. (Expediente digital, carpeta 02. Contestación 01-07-2020, PDF 02. Contestación Fundaci+n Universitaria San Mart+in).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 25 de octubre del 2021, en la que la falladora declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 15 de julio de 2000 al 12 de febrero de 2015. En consecuencia, condenó a la encartada al pago de salarios insolutos, cesantías, e intereses a las mismas dobladas, prima de servicios, indemnización moratoria, sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y aportes al subsistema de seguridad social en pensiones.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda. Con tal propósito, citó los artículos 23 y 24 del CST, así como el precedente de la Corte Constitucional y Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y, con ello refirió que de conformidad con el material probatorio obrante en el plenario no existe discusión alguna que entre las partes existió un contrato de trabajo por lo menos desde el 3 de agosto de 1990 y hasta el año 2000, quedando entredicho el vínculo laboral a partir de junio de 2000.

Así, expuso que, si bien en las certificaciones arrimadas se difiere en lo que respecta al cargo ocupado por el actor desde la fecha inicial de su contratación, *"no menos cierto en que todas ellas al unísono indican que el extremo inicial, situación que por demás está reforzada con el contrato de trabajo suscrito entre las partes el 3 de agosto de 1990, entonces queda claro que el extremo inicial lo fue el 18 de julio de 1990"*. Al igual, colige que desde julio de 2000 el actor demostró la prestación personal del servicio a favor de la encartada, presumiendo la existencia del vínculo laboral que existió entre las partes, conforme lo reglado en el artículo 24 del CST, y pese a que la encartada manifiesta que desde aquella época el nexo contractual que los unió fue de naturaleza civil, no fue allegado por escrito tal vínculo. Advirtió que la demandada no desplegó actividad probatoria tendiente a desvirtuar dicha presunción, debiéndose por tanto declarar la existencia del contrato de trabajo.

En lo que atañe a los extremos temporales de la relación laboral sostuvo que, aunque el demandante alega que existió unidad contractual desde el 21 de noviembre de 1990 hasta el 12 de febrero de 2015, no allegó medio probatorio que diera cuenta de dicha unidad y por el contrario de las certificaciones laborales arrimadas al cartapacio evidenciaban que el actor fue secretario general desde el 26 de septiembre de 1996 hasta el 14 de junio de 2000 y reanudándose el vínculo laboral el 15 de julio del año 2000, por manera que existieron dos contratos de trabajo. Referente a la terminación del contrato de trabajo esgrimió que la parte actora no arrimó prueba alguna tendiente a demostrar que presentó renuncia motivada, siendo necesario su demostración por quien pretende dar por finalizado el contrato de trabajo con justa causa, de allí que no era viable imponer indemnización por despido injusto.

Sobre la excepción de prescripción propuesta por la demandada aludió a lo dispuesto en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS y con base en ello señaló que el extremo final del contrato de trabajo fue el 12 de febrero de 2015; que el actor elevó reclamación ante la encartada el 31 de julio de 2017; y la demanda fue presentada el 7 de febrero de 2018, razón por la cual todos aquellos derechos deprecados con fecha de exigibilidad

anterior al 31 de julio de 2014 se encuentra prescritos, a excepción de los aportes pensionales.

En lo atinente al salario a efectos de tener en cuenta para liquidar las condenas manifestó que el demandante a partir de septiembre de 2011 no recibió suma alguna por concepto de salario, en tanto que así lo indican las pruebas documentales arrimadas por la enjuiciada. Así mismo, refirió que tampoco el actor acreditó en juicio el monto del salario pactado, de allí que debía tener en cuenta el salario mínimo legal mensual vigente a partir de dicha calenda y hasta julio de 2013 y desde agosto de 2014 hasta el finiquito de la relación laboral.

Así, sobre las vacaciones dijo que aquellas prescriben luego de 4 años de causadas y no reclamadas por lo que *"estarían prescritas las causadas antes del 31 de julio de 2013, como se indicó en precedencia"*. De esta manera, infirió que como el promotor de la litis admitió en el interrogatorio de parte que disfrutó las vacaciones del 22 de diciembre de 2014 al 12 de febrero de 2015, la compensación de las vacaciones de las cuales no disfrutó serían las que son anteriores al año 2013, razón por la cual las mismas ya estarían prescritas. En lo que hace a la indemnización moratoria citó las sentencias SL – 16884 de 2016 y SL 8216 de 2016, entre otras y esbozó que la demandada no allegó medio probatorio alguno tendiente acreditar su buena fe y por el contrario evidenció que se intentó disfrazar la relación laboral a través de contratos de prestación de servicios, mismos que ni siquiera fueron allegados al proceso. Adicionalmente, arguyó que la crisis económica tampoco fue probada y *"en todo caso de llegar a estarlo, pues, la misma no es suficiente para dar por probada la buena fe (...)"*, de allí que debía imponer su pago.

Explicó que para efectos de liquidar la sanción moratoria debía tener en cuenta que el actor al momento del finiquito de la relación laboral devengaba un salario mínimo legal mensual vigente, razón por la cual la indemnización correría un día de salario por cada día de retardo desde la terminación del vínculo laboral y hasta cuando se verifique el pago de prestaciones sociales y salarios. (Expediente digital, carpeta 14. Audiencia 25.10.2021).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que en lo que hace a la interrupción del contrato de trabajo quedó ampliamente probado que efectivamente existió una verdadera relación laboral entre las partes, la cual no fue interrumpida desde junio de 2000 hasta el 14 de julio del mismo año, si en cuenta se tiene que las certificaciones laborales adosadas señalan que el vínculo laboral inició el 18 de julio de 1990, sin que se evidencie interrupción en algún periodo certificado. Arguyó que en todo caso la interrupción no es relevante ni amplia, máxime si tiene en cuenta que el contrato de trabajo constituyó un único vínculo entre las partes. Frente a los salarios aludió a que se toma como referente el salario mínimo mensual vigente, aspecto que va en detrimento directo de las condiciones laborales del trabajador, pues el salario real correspondió a la suma de \$6.734.202 y aunque en determinados lapsos no existió pago por la entidad demandada, tal situación no conlleva a que no se haya probado dicha suma, lo que incide en las condenas, debiéndose reliquidar.

De otro lado, expuso que si bien se pudo corroborar en el interrogatorio de parte surtido al demandante que aquel tuvo un disfrute de vacaciones, no obstante, advirtió que dentro de los mismos certificados por parte de la Fundación Universitaria San Martín no se podía corroborar que efectivamente las mismas fueron canceladas, pues de los desprendibles de nómina arrimados por la entidad exclusivamente se menciona que se hacían pagos por conceptos de honorarios, recobros o reajustes y no vacaciones. Adujo que con respecto del despido sin justa causa no obra la carta de terminación, empero se demostró el

incumplimiento reiterado por la demandada, lo cual hacía completamente inviable la continuidad de la relación laboral entre las partes, debiéndose condenar a la entidad demandada a esta indemnización. (Expediente digital, carpeta 14. Audiencia 25.10.2021).

4.2. Parte demandada. En su alzada esgrimió que contrario a lo referido por el A quo, si se encuentra desvirtuada la presunción de la subordinación entre los años 2000 al 2015, habida cuenta que en el interrogatorio de parte el actor dijo que era autónomo en la ejecución de las actividades, además, por cuanto en tratándose del contrato de prestación de servicios no se exige documento solemne. Indicó que existió renuncia para junio del año 2000 frente al vínculo laboral que realmente se presentó entre las partes y, por lo tanto, a partir de allí lo que unió a estos fue un nexo de carácter civil en razón a las diferentes actividades de tesorería y abogacía que ejerció el promotor de la litis. Aludió a que la prestación personal del servicio no implica *per se* que se esté ante una relación laboral.

Por otra parte, arguyó que las condenas estaban afectadas por la excepción de prescripción, como lo fue la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, ya que, si se declara la prescripción de un derecho, se debe declarar probada de forma completa. En lo que hace a la indemnización moratoria expuso que probó actos de buena fe, dado que, si se estuvo al frente de una actividad independiente y autónoma, además, por cuanto se encuentra bajo unas medidas especiales que le impiden realizar pagos de obligaciones causadas con anterioridad a la expedición de la Resolución 1702 de 2020.

(Expediente digital, carpeta 14. Audiencia 25.10.2021).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Sostuvo que el Juez de instancia incurrió en error al declarar que entre las partes existieron varios contratos de trabajo, dadas las múltiples certificaciones laborales emitidas por parte de la demandada, que indican desempeñaba labores desde el 18 de julio de 1990, certificaciones laborales que son posteriores al 15 de julio del año 2002, y que erróneamente la Juez de primera instancia, interpreta que desde esta fecha inició una nueva relación laboral.

Indicó que la renuncia es al cargo de secretario general que desempeñaba en el plenum de la accionada, sin embargo, continuó prestando sus servicios en el Departamento de Promoción y Mercadeo, tal y como se puede constatar en la certificación emitida por parte de la Demandada el 16 de junio de 2000, por lo cual, queda ampliamente refutado que, la relación laboral que existió entre las partes tuvo una interrupción desde el 14 de junio de 2000 hasta el 15 de julio de 2000.

Expuso que se equivoca la Juez de instancia al liquidar los salarios de septiembre a diciembre de 2011; año 2012; enero a julio de 2013, agosto de 2014 hasta 12 de febrero de 2015 sobre el SMLMV para cada uno de estos años, debido a que no se registran los pagos realizados por parte de la encartada, puesto que, como se pudo comprobar a lo largo del proceso, el salario devengado desde el año 2011 correspondió a la suma de \$6.734.202 y en ningún momento la demandada demostró la disminución de este salario durante la vigencia de la relación laboral.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que para el año 2014, con la expedición de la Ley 1740, por la cual se desarrolla la inspección y vigilancia de la educación superior y Resoluciones 1702 y 00841 del 19 de enero de 2015, fue muy clara la medida que impuso el Ministerio a la Fundación de suspender los pagos de las obligaciones que le correspondían, ya que con ocasión a la grave situación que atravesaba ponía en riesgo el derecho fundamental de la educación a los estudiantes. Resaltó que actuó de buena fe,

con observancia de lo dispuesto por el Ministerio de Educación, ya que propendió por la garantía del derecho fundamental de los estudiantes a la educación, actuando de forma responsable y diligente con el pago de sus obligaciones laborales en la medida que su situación se lo permitía.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

- (i) ¿La Fundación Universitaria San Martín, fungió como empleador del aquí actor en el interregno comprendido entre el 15 de julio de 2000 al 12 de febrero de 2015, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (i) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar ¿Se equivocó la Juez de primer grado al declarar que entre el actor y la convocada a juicio existieron dos contratos de trabajo y no colegir que dicha vinculación fue una sola en la medida que no hubo interrupción?
- (ii) ¿El demandante probó que en vigencia de la relación laboral devengaba una remuneración salarial de \$6.734.202 y no un salario mínimo legal mensual, como lo concluyó el *a quo*?
- (iii) ¿Erró el A quo al no declarar probada la excepción de prescripción sobre las pretensiones de la demanda?
- (iv) ¿Se equivocó la juez de primer grado al tener por probado el pago de las vacaciones que disfrutó el actor en vigencia de la relación laboral?
- (v) ¿El demandante probó haber puesto en conocimiento de la enjuiciada las causas aducidas en la demanda como justas para dar por terminado el vínculo laboral y si aquellas fueron demostradas lo que daría lugar a conceder la indemnización por despido indirecto?
- (i) ¿Se equivocó la juez de primer grado al condenar la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, en tanto que la accionada considera que no actuó de mala fe?

Relación laboral

Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a la existencia de la relación laboral entre el actor y la Fundación Universitaria San Martín, desde el 18 de julio de 1990 al 14 de junio de 2000. El ataque contra la sentencia de primer grado propuesto por la pasiva se encuentra orientado a que las partes estuvieron vinculadas mediante un contrato de prestación de servicios a partir del 15 de julio de 2000 al 12 de febrero de 2015 y no a través de un nexo de índole laboral, como lo coligió el *a quo*.

Sobre tal aspecto, se hace necesario recordar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato»."

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna de la prestación personal de los servicios del señor Jaime Eduardo Mendoza Orozco a la Fundación Universitaria San Martín, situación fáctica aceptada no solo en la contestación de demanda y en la etapa procesal de fijación del litigio, sino confesada en el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de la demandada, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato de prestación de servicios.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte de la actora al servicio de la encartada, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiesta la accionada desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que

el señor Mendoza Orozco ejecutó la labor de asesor de presidencia y abogado de la vicepresidencia jurídica vinculado mediante un contrato de prestación de servicios, teniendo en cuenta que lo perseguido precisamente en la presente Litis es demostrar la existencia de un contrato de trabajo, en virtud de la primacía de la realidad.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que el promotor de la litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba en su contra, entonces, ante tal falencia probatoria, surge para la Sala, como lo hizo el *A quo*, tener por cierto que el servicio se prestó bajo el elemento de la subordinación, de allí que sea desacertada la apelación.

Además, debe precisarse que, aunque la censura considera que desvirtuó la subordinación porque el demandante confesó en el interrogatorio de parte sobre su autonomía e independencia en el ejercicio de sus labores de profesional del derecho a favor de la Fundación demandada, lo cierto es que para esta Corporación no emana la particularidad mencionada por la recurrente, ya que de ninguna forma indicó el actor que era autónomo en la representación de los procesos judiciales que tenía a su cargo, por el contrario manifestó que dependía directamente del vicepresidente jurídico de la institución educativa y recibía órdenes de aquella área.

Ahora, debe tenerse en cuenta que todos los medios de convicción allegados por la parte actora permiten corroborar que, contrario a lo dicho por la demandada, la labor ejecutada por él no se desarrollaba en forma autónoma e independiente, conclusión a la que se arriba luego de observar las certificaciones laborales que se adosaron al informativo por las partes, en donde da cuenta que el promotor del proceso laboró para la Fundación mediante un contrato a término indefinido, ostentando diferentes cargos, tales como:

- Jefe de admisiones y egresados del 18 de julio de 1990 hasta el 25 de septiembre de 1996.
- Secretario general desde 26 de septiembre de 1996 hasta el 14 de junio de 2000.
- Asesor de presidencia desde el 15 de julio de 2000 hasta el 20 de julio de 2013.
- Abogado de la Vicepresidencia Jurídica desde el 22 de julio de 2013. (Expediente digital, carpeta 02. Contestación 01-07-2020, PDF 03. Anexos, pág. 16).

En esa medida, su contenido sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que la Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal del gestor del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de la accionada, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Y es que verificados los medios de convicción allegados al proceso se tiene que no obra en el proceso prueba documental ni testimonial que respalde la celebración entre las partes de un contrato de prestación de servicios ya sea de manera verbal o escrita, ni que el demandante fuera autónomo e independiente al ejercer su cargo de asesor de presidencia y abogado de la Vicepresidencia Jurídica de la Fundación Universitaria San Martín. Además, no puede pasar por alto esta Corporación que las labores ejercidas por aquel no eran extrañas, ni ocasionales al rol de la universidad, pues se prestaron durante más de 13 años, lo que demuestra, que tan necesaria era, que implicaba la presencia del actor quien contaba con el perfil para ejercer los citados cargos.

Con todo lo anterior, debe acotar la Sala que el esfuerzo de la demandada para argumentar que se trató de un vínculo contractual carente de subordinación resulta desatinado, cuando el hilo conductor de las pruebas demuestra que la actividad personal se realizó con las características propias de una relación de naturaleza laboral, prestación que se realizó conjunta y armónicamente con la pasiva.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del promotor de la litis a favor de la Fundación Universitaria San Martín, y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se itera, se deduce válidamente de las pruebas, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión que bien tomó la Juez primigenia.

Unicidad contractual

Ahora bien, establecido que el nexo que unió al actor con la fundación demandada se dio a través de una verdadera vinculación laboral, le compete a la Sala establecer los extremos temporales de la citada relación. En ese sentido, el ataque contra la sentencia de primer grado que propone el apelante trabajador se encuentra dirigido a que las partes estuvieron vinculadas mediante un único contrato de trabajo y no por dos como lo aludió la sentencia de primer grado. Para tal efecto aduce que la vinculación laboral sin solución de continuidad se encuentra probada con las certificaciones laborales que fueron allegadas por ambas, que dan cuenta que el gestor de la litis prestó sus servicios personales dentro del hito que se extraña. En virtud de ello, procederá la Sala a verificar si existe unicidad en el nexo contractual.

Sobre ese aspecto, cumple advertir de entrada, que analizadas en conjunto las pruebas aportadas por las partes, con total certeza se razona de ellas que no se encuentra demostrada la prestación personal del servicio del promotor dentro del interregno que extraña, siendo de su resorte haber probado dicha circunstancia, en los términos del artículo 167 del CGP.

Lo anterior, se explica porque de acuerdo con las documentales adosadas al plenario por el extremo activo, no conducen a demostrar que el actor dentro del intervalo entre el 14 de junio al 15 de julio de 2000 laboró o prestó su servicio personal a favor de la encartada, no siendo factible, como se pretende, inferir dicho periodo de las certificaciones laborales allegadas, pues aquellas nada dicen sobre la unicidad de la relación laboral que se pregona y por el contrario, lo que sí demuestran es la solución de continuidad que le imprimieron las partes a la relación laboral.

Precisando que si bien esta Sala le dio fuerza persuasiva a la certificación que se expidió el 20 de octubre de 2014, tampoco es un elemento probatorio suficiente para demostrar que hubo unicidad en la relación laboral que se pregona, como consecuencia del periodo de solución de continuidad que allí se indicó, esto es, entre el 14 de junio al 15 de julio de 2000, tiempo durante el cual el actor no acreditó haber prestado sus servicios.

Bajo ese norte, es necesario destacar por esta Corporación que de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral *"solo se consideran aparentes o formales las interrupciones cortas entre la finalización y la iniciación de uno y otro contrato, entendidas como aquellas inferiores a un mes, por lo que las que sean superiores, permiten inferir la intención de las partes de no darles continuidad"* (SL574-2021); en el caso sometido a estudio es evidente que, del análisis de la certificación hubo un lapso superior a 30 días que no permiten presuponer la no solución de continuidad de la prestación de servicios del trabajador del 14 de junio al 15 de julio de 2000.

Así las cosas, es claro para la Sala que se debe confirmar la sentencia de primera instancia en lo que hace a este punto de apelación, iterando que no puede predicar la existencia de un solo contrato de trabajo.

Salario

Sobre este aspecto y atendiendo la discusión que propone el demandante recurrente, debe reiterarse 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 el demandante una sentencia acorde con lo deprecado tenía 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. De ahí la necesidad específica del actor de probar los presupuestos de hecho que permitan sin lugar a duda determinar el salario que aduce devengó en vigencia de la relación laboral, no siendo suficiente afirmarlo, sino imperativo resulta su demostración, toda vez que aseverar no es probar.

Aclarado lo anterior y en lo que al fondo del asunto concierne, esta Sala evidencia que no existe ningún medio de prueba que permita con suficiente contundencia asegurar que el salario percibido durante el 1 de septiembre de 2011 al 31 de julio de 2013 y del 1 de septiembre de 2014 a la fecha de terminación del contrato de trabajo corresponda a la suma de \$6.734.202. De hecho, las certificaciones laborales que aduce como no valoradas por el A quo, nada refieren sobre tal aspecto.

Además, la censura pretende que se tenga como soporte la misma declaración que dio el demandante, sin embargo, *"la sola afirmación del accionante de un hecho que lo favorece, así haya sido expuesto bajo la gravedad del juramento, no le puede servir a sus propios intereses, dado que nadie puede fabricar su propia prueba."*¹, por manera que no erró la falladora primigenia, al considerar que ausencia de prueba del salario devengado, debía tomarse el salario mínimo legal mensual vigente, lo anterior, por demás, en tanto que así lo dejó sentado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL2676-2020:

"Siendo ello así, le asiste razón al colegiado al señalar que, ante la falta de prueba del salario devengado, debe ordenarse el pago de los aportes pensionales con base en el salario mínimo legal mensual vigente, solución que ha sido admitida precisamente cuando no se demuestra el monto de la remuneración pactada por las partes. La carga de la prueba, en este caso, le incumbía a la demandante, pues si pretendía el pago de acreencias laborales como los aportes a seguridad social en pensiones, a través del cálculo actuarial que ordenó pagar el Tribunal, era su deber aportar los elementos de juicio que permitieran establecer la base salarial para ello.

Por ende, ante la ausencia de prueba sobre el ingreso salarial de la demandante para las referidas anualidades, resulta correcto tomar como parámetro de liquidación el salario mínimo legal mensual vigente, aún si para anualidades anteriores la accionante percibió sumas superiores."

¹ SL4350 de 2015

De ahí que mal puede atribuirle un desatino a la juzgadora de primer grado y, por ende, se sigue igualmente mantener la decisión que tomó al respecto.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual aquella le imputa un desacierto a la sentenciadora de primer grado, considerando que la prescripción operó sobre los derechos reclamados, fundamentalmente de la sanción moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

Respecto del reproche indicado, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que no le asiste razón a la censura al atribuirle un desatino a la intelección que llegó la juez de primer grado y que llevó a declarar probada de manera parcial la excepción de prescripción de las acreencias laborales, a excepción de los aportes pensionales y cesantías, como pasa a explicarse.

La Sala observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la accionada propuso dicha excepción al contestar la demanda y en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

Bajo tal contexto, es claro que el demandante reclamó a la demandada las acreencias laborales que pretende el 31 de julio de 2017, aspecto que no fue materia de discusión por las partes, por tanto, la prescripción fue interrumpida a partir de dicha data. En ese sentido, y como quiera que la demanda se presentó 7 de diciembre de 2018, no transcurriendo el término trienal entre una y otra fecha, es dable deducir que la excepción de prescripción se surtió en relación con los **intereses a las cesantías y su sanción, prima de servicios y sanción por la no consignación de cesantías** exigibles con anterioridad al 31 de julio de 2014. En relación con las **cesantías**, como quiera que el término se cuenta desde la finalización del contrato por ser la fecha en que se hacen exigibles (Criterio expuesto por la CSJ entre otras en la sentencia SL 472-2020), se debe declarar **no probada la excepción de prescripción**, tal como lo concluyó la falladora de primera instancia, de ahí que no se la halle ningún reproche.

En cuanto a las vacaciones en razón a que el empleador cuenta con un año para concederlas (art. 187 CST y sentencia CSJ SL 2149-2020), es dable declarar probada la excepción de prescripción en relación con las exigibles antes del **31 de julio de 2013**, por lo que habrá de mantenerse incólume la decisión sobre este aspecto.

Vacaciones

En lo que hace a este punto de apelación señala la censura que si bien es cierto el actor confesó que disfrutó de las vacaciones entre el 22 de diciembre de 2014 al 12 de febrero de 2015, sin embargo, advirtió que nunca fueron canceladas, señalando que la enjuiciada no allegó medio de prueba tendiente a demostrar su pago, debiéndose por tanto imponer su condena.

Bajo ese contexto, es del caso recordar que todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. La época de las vacaciones debe ser señalada por el empleador

a más tardar dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben ser concedidas oficiosamente o a petición del trabajador sin perjudicar el servicio y la efectividad del descanso. (Art. 186 y s.s. CST)

Los trabajadores que cesen en sus funciones o hayan terminado sus contratos de trabajo, sin que hubieren causado las vacaciones por año cumplido, tendrán derecho a que estas se le reconozcan y compensen en dinero proporcionalmente por el tiempo efectivamente trabajado. De conformidad con el art. 189 del CST para la compensación en dinero de las vacaciones se tomará como base el último salario devengado por el trabajador. Siendo necesario aducir que para el cálculo de esta acreencia no se tendrá en cuenta el auxilio de transporte.

Ahora bien, como ha quedado precisado, el accionante indicó que disfrutó de vacaciones entre el 22 de diciembre de 2014 al 12 de febrero de 2015, sin embargo, adujo que nunca le fueron canceladas. A su turno, el *A quo* al hallar probada la confesión que realizó el actor, concluyó que, no había lugar a la compensación de sus vacaciones, a más porque las causadas con anterioridad al 31 de julio de 2013 se encontraban prescritas.

De acuerdo con ello y de cara a los medios de convicción obrantes en el proceso, efectivamente, evidencia la Sala que no existe medio de prueba tendiente a demostrar que al momento de entrar a disfrutar las vacaciones tal prestación fue satisfecha. No obstante, considera la Sala que no se puede atender de manera favorable esta súplica, pues no puede olvidarse que dicho concepto quedó comprendido en el pago de salarios que precisamente la juzgadora de primer grado condenó desde diciembre de 2014 al 12 de febrero de 2015. De ahí que no haya lugar a ninguna condena por tal pretensión, pues es claro que no se puede imponer un doble pago a la encartada, debiéndose mantener por tanto incólume la decisión del *A quo*.

Despido indirecto

La parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia en que, si bien no allegó prueba de la renuncia motivada, lo cierto es que se demostró durante el devenir procesal el incumplimiento sistemático en que incurrió la demandada en sus obligaciones contractuales, lo que permitiría colegir la imposibilidad de continuar con la relación laboral que ató a las partes, de allí que sea viable la indemnización por despido indirecto.

Al respecto, lo primero que se debe advertir es que, si bien en la norma adjetiva no se define expresamente la figura del despido indirecto, la misma ha sido desarrollada por la doctrina y jurisprudencia y, en ese sentido se ha dejado claro que se configura por cuando el trabajador decida su retiro presionado por la conducta del empleador.

Ahora, el párrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, indica que:

"PARÁGRAFO. La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos."

Tras lo aducido, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo cuando este considere que el empleador ha incurrido en un incumplimiento de sus obligaciones o ha realizado actos que atenten directamente con el desarrollo de sus funciones, transgrediendo la naturaleza del contrato de trabajo; para lo cual, el trabajador puede invocar las justas causas para dar por terminado de forma unilateral el contrato de

trabajo y reclamar la indemnización prevista en el artículo 64 del C.S.T., causales que se encuentran de manera taxativa en los artículo 62 y 63 del mismo cuerpo normativo.

Aclarando que no basta sólo con invocar la causal fundada en la Ley para determinar la existencia u ocurrencia de una justa causa que permita dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte quien pretende el finiquito - en este caso el trabajador por tratarse de un despido indirecto-, señale los hechos o motivaciones que dan origen a su decisión, tal como lo previó la Corte Constitucional en sentencia C – 594 de 1997.

La razón de lo anterior es permitir determinar cuáles son las razones de fondo que configuran la justa causa legal para dar por finalizado el vínculo laboral, en desarrollo de los principios de buena fe y lealtad que se encuentra atadas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL19995-2017, reiteró una vez más lo siguiente:

"El despido indirecto, se materializa cuando el empleador incurre en alguna o algunas de las causales previstas en el literal b del art. 7º del Decreto 2351 de 1965 que modificó el art. 62 del CST y, aunque de antaño se ha precisado, que al primero le basta con acreditar la terminación del contrato de trabajo para impetrar judicialmente los efectos de su terminación injusta, en este caso, la carga de la prueba se invierte de manera que, además, le corresponde demostrar que la decisión de renunciar obedeció a justas causas o motivos imputables al segundo (CSJ SL18623-2016)."

En conclusión, quien decida terminar la relación laboral, deberá, como primera medida, manifestarle a su empleador las razones de la terminación del vínculo, tal cual lo consagra el parágrafo del artículo 62 ibídem; en segundo lugar, deberá indicar los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, por último, demostrar que tales hechos sucedieron por causa imputable al empleador.

En virtud de lo anterior, corresponde en este momento revisar el material probatorio allegado al instructivo, para establecer si el promotor del proceso al momento de terminación de la relación laboral le manifestó al empleador la causal o motivo de esa determinación y conforme a ello, si demostró los hechos que la conforman.

Pues bien, al realizar una valoración de las pruebas allegadas al plenario la Sala observa que no se demostró que al momento de terminar la relación laboral se hubieran expuesto de manera clara y concreta las razones sobre las cuales tomaba la decisión, pues sobre este aspecto no existe ningún medio de prueba adosado al plenario, quedando únicamente la afirmación de que ello aconteció por el incumplimiento del empleador, la cual no puede ser tomada en cuenta para los efectos que pretende el demandante, debiéndose por tanto confirmar la sentencia en lo que hace a este punto de apelación.

Indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T.

Sentado lo anterior y en lo atinente a la indemnización moratoria, aduce la recurrente que como empleadora actuó de buena fe ante la creencia de que entre las partes existió un vínculo de naturaleza civil, además, dada la intervención que efectuó el Ministerio de Educación Nacional, el cual dispuso medidas preventivas para propender por la solución de la problemática académica, administrativa y financiera que presenta, le fue imposible cancelar prestaciones sociales y salarios a la finalización del nexo contractual.

Frente a este reproche cumple recordar que conforme al artículo 65 del CST, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones

debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria. En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, se advierte que no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que se estuvo con el pleno convencimiento que entre las partes se pactó un contrato de prestación de servicios, cuando los mismos medios de convicción vertidos al proceso daban cuenta sin mayores discusiones que la dadora de laboró quiso utilizar de forma indebida la vinculación del actor, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo, pues así se vislumbra de la actividad personal que desarrolló el actor a favor de la llamada a juicio, pues esta se realizó bajo su estricta subordinación y poderío, sin que fungiera como un contratista independiente y autónomo, por lo que mal haría esta Sala exonerar a la enjuiciada de la sanciones que persigue la parte actora.

Además, debe tenerse en cuenta que si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con el actor se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales y salarios dada la intervención que realizó el Ministerio de Educación Nacional, tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, precisamente en un asunto de iguales supuestos fácticos, al señalar que:

"En un caso de similares contornos, en el que funge la misma recurrente, providencia CSJ SL3288-2021, se indicó que no era ajeno a la Sala que la fundación universitaria demandada atravesaba una grave crisis institucional que conllevó la vigilancia especial del Gobierno Nacional en cabeza del Ministerio de Educación. Igualmente, se tuvo presente en aquella oportunidad, que aquella entidad ordenó la aplicación de «institutos de salvamento para la protección temporal de recursos y bienes de la Fundación Universitaria San Martín», conforme a lo previsto en la Ley 1740 de 2014, a fin de garantizar la continuidad del servicio público de educación superior. En ese orden el Ministerio de Educación profirió la resolución n.º 01702 del 10 de febrero de 2015, con el objeto de adoptar medidas tendientes a contrarrestar la crisis que enfrentaba la accionada, medidas transitorias, que de acuerdo con lo expuesto por la Corporación, no deben desconocer las obligaciones que recaen sobre la institución educativa accionada, a quien le corresponde determinar la forma como atenderá el pago de sus acreencias.

En ese orden, las razones esgrimidas por la censura no tienen la solidez suficiente para derruir las conclusiones del Tribunal, en el sentido de que, previo a la intervención del Ministerio de Educación, la Fundación aquí demandada ya venía sustrayéndose del pago de las prestaciones sociales y demás emolumentos a que tenía derecho el actor. Además, la «suspensión de pagos» aludida, conforme lo previsto en el artículo 14 de la citada Ley 1740 de 2014, requería la autorización previa del Ministerio de Educación Nacional y recaía sobre las obligaciones causadas hasta el momento en que se dispuso la medida,

esto es, 10 de febrero de 2015, no posteriores como aquí acontece, si se tiene en cuenta que el contrato de trabajo finalizó el 17 de junio siguiente.”(SL5161-2021)

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, considera esta Sala que le asiste razón a la sentenciadora de primer grado al imponer su condena, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido pagadas las prestaciones sociales y salarios, toda vez que las razones dadas por la encartada lejos están de tenerse en cuenta para tales efectos. De allí que lleve a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar en su integridad la decisoria de la juez primigenia.

Costas.

Sin costas en esta instancia, por no haber los recursos de apelación. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 25 de octubre del 2021, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



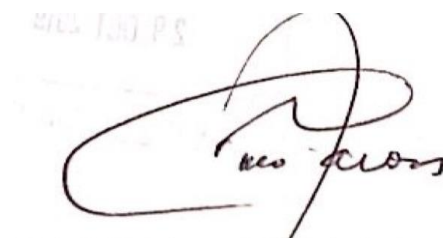
DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS

Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR

Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: JAIME SÁNCHEZ CUERVO
Demandada: PROCAPS S.A.
Radicado No.: 28-2017-00712-01
Tema: CULPA PATRONAL- APELACIÓN DEMANDANTE – REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Sánchez Cuervo instauró demanda ordinaria contra Procaps S.A., con el propósito de que se declare que entre las partes se suscribió contrato de trabajo a término fijo el 5 de mayo de 2015, el cual finalizó el 30 de junio de 2017 por renuncia presentada por el trabajador; que el 28 de junio de 2016 sufrió un accidente de trabajo consistente en aplastamiento de muñeca y mano, razón por la cual le fue calificada una pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 12.13%, conforme al dictamen expedido por la ARL AXA Colpatria; que existió culpa suficientemente comprobada de la demandada en el siniestro ocurrido. Con base en las anteriores pretensiones de orden declarativo solicita se condene a la enjuiciada al pago de la indemnización del daño moral causado por las secuelas del accidente de trabajo, así como el lucro cesante consolidado y futuro, indexación, lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes se celebró contrato de trabajo a término fijo el 5 de mayo de 2015, para desempeñar el cargo de electromecánico, devengando a partir del 1 de febrero de 2017 salario básico de \$1.925.000 y un promedio salarial de \$2.076.374. Sostuvo que en el ejercicio de sus funciones realizaba el mantenimiento, limpieza y reparación de la maquinaria utilizada en desarrollo del objeto social de la demandada, incluyendo la máquina *"tecnopack1 de envase"*, sin embargo, advirtió que su empleador no capacitó ni realizó ninguna inducción para que comprendiera, asimilara, incorporara y aplicara conocimientos, habilidades y destrezas que lo hiciera competente para ejercer, en condiciones de seguridad, la manipulación de la citada máquina o de cualquier otro equipo a cargo.

Así mismo, advirtió que no realizó inducciones, capacitaciones y evaluaciones de su puesto de trabajo, ni indicó los riesgos que implicaba el no cumplimiento de las normas de seguridad estipuladas para el trabajo en maquinaria. Explicó que la máquina *"tecnopack1 de envase"* estaba situada en un área estéril, donde se encontraba prohibido el uso de

elementos de protección por ser contaminantes, razón por la cual, debía efectuar el mantenimiento, reparación y limpieza de las máquinas sin ningún tipo de seguridad para sus manos. Refirió que el 28 de junio de 2016, dentro su horario laboral, al interior de las instalaciones de la demanda y en desarrollo de sus funciones, sufrió un accidente de trabajo que le implicó el aplastamiento con mordazas de su mano izquierda durante la reparación de la aludida máquina.

Precisó que como causa del accidente de trabajo se tiene el cambio en la configuración en el encendido de la máquina empaadora, sin que se registrará en la minuta del equipo y se le notificará de tal situación. Así, indicó que fue sometido a terapias, medicación, cirugías, controles médicos y otras acciones dirigidas a la recuperación de su mano y muñeca izquierda, además, que mediante dictamen del 14 de marzo de 2017 se le dictaminó pérdida de capacidad laboral y ocupacional del 12.13%, como consecuencia del accidente laboral.

Refirió que el contrato de trabajo suscrito entre las partes terminó 30 de junio de 2017, mediante renuncia voluntaria, así mismo, que ante el impedimento de desarrollar el ejercicio habitual de su rol laboral se ha presentado a múltiples entrevistas de trabajo, donde ha sido rechazado por las deficiencias presentadas en la funcionalidad, movilidad y motricidad de su mano izquierda. (fol. 4 a 13).

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta al libelo introductorio se opuso a la prosperidad de las pretensiones, excepto sobre la pretensión dirigida a que se declare la existencia de la relación laboral a término fijo inferior a un año entre las partes, aclarando que el actor antes de celebrar tal nexo contractual, fue enviado como trabajador en misión por parte de la empresa de servicios temporales "Tempo S.A.S.", para desempeñar el mismo cargo de electromecánico en la misma sede de trabajo conocida como planta "Alinova", desde el 6 de mayo de 2014 y hasta el 20 de abril de 2015.

Aseguró que en su calidad de empresa usuaria incluía a los trabajadores en misión en su programa de salud ocupacional, posteriormente modificado al Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo, dando cumplimiento a las disposiciones normativas aplicables y vigentes en la materia. Así, sostuvo que el actor recibió inducción al principio de su envío en misión, fue capacitado en prevención de riesgos y recibió elementos de protección personal necesarios para el desarrollo de su labor, aspectos que perduraron incluso durante todo el tiempo que estuvo vinculado directamente a la sociedad.

Precisó que el cargo ocupado por el demandante fue el de electromecánico y para el desarrollo de sus funciones recibió todos los elementos e instrucciones necesarias y adecuadas, especialmente en materia de prevención y control de los riesgos inherentes a su labor, de acuerdo con las medidas y procedimientos de seguridad y protección efectivamente previstos, adoptados e implementados por la empresa. En su defensa invocó las excepciones de falta de causa, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación. (fols. 101 a 126).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de febrero del 2020, en la que la falladora absolvió a la encartada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probadas las excepciones de mérito propuestas y gravando en costas a la parte actora.

Para los fines que interesan al recurso de apelación propuesto, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la responsabilidad de la llamada a juicio sobre el accidente de trabajo que sufrió el aquí demandante y si era dable el pago de perjuicios morales, lucro cesante consolidada y futuro debidamente indexado, así como las costas del

proceso. Con tal propósito, señaló que no fue objeto de controversia la existencia de la relación laboral entre las partes, ni que el actor desempeñó el cargo electromecánico y devengaba como salario final la suma de \$1.925.000 mensuales, tampoco la ocurrencia del accidente de trabajo que le generó una pérdida de capacidad laboral del 12.13%.

Así las cosas, con el fin de estudiar la responsabilidad subjetiva que se le atribuye a la empresa enjuiciada, hizo alusión a las pruebas que reposan en el cartapacio y con ello dijo frente a la existencia de dolo o culpa grave del patrono en la ocurrencia del siniestro que se corroboró que el actor antes de estar vinculado directamente como trabajador de la demandada, estuvo como trabajador en misión, desempeñando el mismo cargo desde el año 2015, tiempo durante el cual recibió elementos de protección personal acorde con la matriz de identificación de peligros y en general elementos de protección personal necesarios para desempeñar la labor como electromecánico.

Evidenció que el promotor de la litis registró en su hoja de vida estudios acordes con el cargo que desempeñó, aunado a que se probó que de manera constante y durante todo el tiempo en que perduró el vínculo laboral, que aquél recibió capacitaciones adicionales a su propio conocimiento, incluyendo las de prevención de riesgos laborales de la cual la encartada allegó constancia de su asistencia. Respecto del accidente de trabajo dijo que en dicho momento el demandante luego de probar diferentes alternativas para solucionar los problemas de la máquina Tecnopack1, le indicó a la operaria que le diera arranque sin percatarse o prever que aún tenía la mano en la mordaza del equipo, lo que le ocasionó la lesión en su mano izquierda.

Bajo ese norte, sostuvo que el accidente obedeció a la desatención de las medidas de prevención y control sobre los riesgos del trabajo, no siendo de recibo los argumentos de la parte actora al señalar que la demandada no le suministró elementos de protección personal necesarios para el desarrollo de su función y que en ese momento tampoco podía utilizarlos, en tanto que se encontraba en un área estéril y estaban prohibidos, ya que ante el accidente sufrido el uso de guantes elaborados con el material compatible al área en el que se encontraba la máquina, no hubieran podido evitar el atrapamiento o aplastamiento de la mano, aunque si las quemaduras en la piel del aquí demandante. No obstante, consideró que el accidente se hubiese podido evitar con el debido cuidado y atención de los lineamientos de protección básicos, siempre que el trabajador hubiera evitado el peligro al que se expuso al pretender manipular la máquina mientras ésta se encontraba en funcionamiento.

Concluyó que si bien se presentó un accidente laboral el cual fue valorado por la entidad responsable de emitir concepto de pérdida de capacidad laboral, no puede predicarse que el mismo hubiera ocurrido por culpa de la demandada, debiéndose, entonces absolver a esta de las pretensiones de la demanda. (Cd. a fol. 385).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Parte demandante. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que el *A quo* no hizo una acertada valoración probatoria en tanto que minimiza la omisión de la enjuiciada en el suministro de los elementos adecuados de protección personal que hubiesen evitado los perjuicios que sufrió el actor, como consecuencia del accidente de trabajo. Expuso que del material probatorio arrojado por la convocada a juicio se evidencia que los guantes dados por la empresa no eran de un material idóneo para la protección del trabajador, pues correspondía a polipropileno, el cual es un material que sirve para eliminar gérmenes en un ambiente estéril, pero no es el adecuado para proteger las manos de algún impacto que se ocasione en el momento de la reparación de algún elemento.

Refirió que la juzgadora de primer grado no tuvo en cuenta que una de las razones por las cuales en su momento el trabajador no contaba con elementos de protección, fue por la orden que le dio la jefe de planta, Catherine Villamizar, quién le indicó a los operarios que no podían entrar con tales instrumentos al momento de la reparación de la máquina, ya que los mismos eran contaminantes para la producción, como lo aseguraron los testigos, mismos que también señalaron que no hubo capacitación específica sobre la reparación de la máquina tecnopack1, aspecto determinante al momento de establecer la existencia o no de culpa patronal.

Expuso que no se analizó que sobre la citada máquina debía existir un adecuado diligenciamiento de la bitácora, de allí que el actor no tuviera precaución al manipular la maquinaria, dado que los parámetros fueron modificados, situación que reiteró no quedó incluido en la bitácora como debería efectuarse. Anotó que como está en discusión la omisión, la carga de la prueba es de la demandada, quien debía demostrar que el trabajador fue capacitado y que tenía conocimiento del cambio en su configuración y la lectura adecuada de la bitácora. Esgrimió que, aunque en acta de reunión del 24 de octubre de 2016 y debido al aumento de siniestralidad en los años 2015 y 2016, la empresa optó por hacer capacitaciones sobre autocuidado y trabajo seguro, sin embargo, no existe prueba de que al promotor de la litis haya tenido algún tipo de capacitaciones.

Dijo que no se tuvo en cuenta que se solicitó a una compañera de trabajo de nombre Juliana Castañeda acceder a la máquina, lo cual demuestra otra de falencia de la empresa, al no tener un control efectivo de las personas que pueden manipular la máquina y eso permite que cualquier persona accione los citados mecanismos sin conocimiento y capacidad. Reiteró que existieron omisiones de la enjuiciada, puesto que, de haber hecho un control efectivo frente a sus trabajadores, específicamente en la entrega de material de protección, capacitaciones de autocuidado y trabajo seguro, capacitaciones frente a la máquina tecnopack1 y evitar que personas distintas al proceso manipulen las máquinas, hubieran podido evitar el accidente y los perjuicios causados al demandante.

Consideró, entonces, la existencia de culpa de la empresa enjuiciada, por manera que solicitó que al momento de tasar la condena se tenga en cuenta el salario base, junto con lo correspondiente a trabajo suplementario devengado, y a su vez se tenga en cuenta para calcular el lucro cesante consolidado y futuro, lo señalado por la Sala de Casación Laboral de la CSJ en sentencias de radicación 29644 de 2007, 22656 de 2007 y 47907 de 2017. Finalmente, pidió que se fijará condena por daño moral debido a los perjuicios ocasionados en el accidente de trabajo. (Cd. a fol. 385).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. Indicó que la sociedad demandada incumplió con su deber de capacitar al demandante en el ejercicio de sus funciones, así como proporcionarle los elementos de protección personal necesarios para evitar la ocurrencia del siniestro. Refirió que se le entregó guantes de polipropileno, los cuales son utilizados en peluquerías y servicios de comida, por tratarse de un material que sirve únicamente para eliminar gérmenes que puedan infectar las superficies y no constituyen un elemento que permita la protección a las manos frente a un posible impacto. Reiteró que no existe constancia en la cual se demuestre que se le haya capacitado sobre la forma cómo se debía reparar la máquina "Tecnopack 1 de envase", así como los parámetros a seguir en el diligenciamiento de la bitácora para definir los cambios y tiempos de apertura de la máquina.

5.2. Parte demandada. Alegó en su favor que el señor Jaime Sánchez Cuervo antes de estar vinculado a la demandada se desempeñó como trabajador en misión desempeñando

el mismo cargo desde el año 2015, tiempo durante el cual recibió elementos de protección personal, acorde con la matriz de identificación de peligros, y la matriz general de elementos de protección personal, que resultan necesarios para desempeñar la labor como electromecánico de los cuales allegó constancia de recibo del demandante. Refirió que el actor en su hoja de vida registra como estudios los siguientes: técnico mecánico de mantenimiento industrial y varios cursos como montaje de rodamientos especiales, soldadura eléctrica, montaje de sellos mecánicos, entre otros, lo que en principio lo hace una persona idónea para desempeñar el cargo que tenía dentro de la sociedad.

Indicó que recibió capacitaciones en diferentes temas adicionales a su propio conocimiento, incluyendo las de prevención de riesgos laborales, de las cuales allegó constancia de asistencia del aquí demandante. Señaló que el actor luego de probar diferentes alternativas para solucionar los problemas de la máquina, tecno pack 1, le indicó a la operaria que le diera arranque, sin percatarse o prever que aún tenía la mano en las mordazas del equipo lo que le ocasionó las lesiones en su mano izquierda y esta situación se verifica además con el informe presentado por la operaria en el que asegura que fue el mecánico quien le solicitó encender el arrastre de la máquina, situación que se corrobora con el reporte de accidente presentado por el demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿La empresa demandada le asiste responsabilidad a título de culpa patronal en el accidente de trabajo sufrido por el accionante en sus instalaciones el 28 de junio de 2016 o por el contrario demostró que actuó con diligencia, cuidado y responsabilidad y, por tanto, el accidente laboral ocurrido fue por culpa exclusiva del trabajador, al no tomar las medidas tendientes a evitar el infortunio?

De la responsabilidad subjetiva del empleador en el accidente de trabajo

Con el propósito de desatar el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones en torno a la existencia de la relación laboral que se suscitó entre las partes entre el 5 de mayo de 2015 al 30 de junio de 2017, donde el actor desempeñó el cargo de electromecánico, devengando un salario básico de \$1.925.000. Tampoco que estando en sus labores, el señor Jaime Sánchez Cuervo sufrió un accidente calificado como de origen laboral por la ARL Axa Colpatria mediante dictamen núm. 12529 del 14 de marzo de 2017, misma que determinó que el accionante cuenta con una incapacidad permanente parcial debido al "*traumatismo por aplastamiento de la muñeca y de la mano*", con fecha de estructuración el 9 de marzo de 2017 y una pérdida de capacidad laboral del 12.13%.

Dicho lo anterior, es menester precisar que el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo dispone que cuando exista **culpa suficientemente demostrada** por parte del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o enfermedad profesional, debe responder por la indemnización total y ordinaria de perjuicios.

Con el fin de establecer si existe culpa del empleador en el infortunio ocurrido en el marco de un contrato de trabajo, se debe comprobar más allá de cualquier duda razonable, que sus acciones u omisiones incidieron en el resultado que debió evitarse. En esa medida se

exige demostrar en este tipo de procesos cuando el trabajador es el demandante, además, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo, la culpa suficientemente comprobada del empleador y la plena incidencia de esta inobservancia en la ocurrencia del siniestro, atendiendo la naturaleza de la tarea, el riesgo en su realización, las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el siniestro.

Lo anterior, significa que quien demanda la indemnización plena de perjuicios del artículo 216 del Código Sustantivo de Trabajo, requiere demostrar tres elementos: (i) la ocurrencia del siniestro o daño; (ii) la culpa del empleador y (iii) el nexo de causalidad entre la función desempeñada y el accidente de trabajo (SL 1679 – 2019). En punto a la exigencia de demostrar la culpa del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo, para hacer viable la indemnización ordinaria y total de perjuicios que regula el citado art. 216 del C.S.T., la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL13653-2015, sostuvo que esta carga probatoria se invierte al empleador cuando se le imputa una actitud omisiva como causante del accidente de trabajo:

« (...) esta Sala de la Corte ha dicho insistentemente que "...la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo..." (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, ... ha dicho que a pesar de lo anterior "...cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», lo que quiere decir que al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C. C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».

De manera que, conforme al señalado criterio jurisprudencial, en principio la parte actora tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador, como fuente de la responsabilidad prevista en el artículo 216 de la norma adjetiva laboral, no obstante, cuando el trabajador o los afectados con el siniestro imputan al empleador el incumplimiento de las obligaciones de seguridad y protección, la carga de la prueba queda en cabeza del empleador, quien puede liberarse de la culpa que se le enrostra, acreditando diligencia y cuidado en la realización del trabajo, prueba que conforme al artículo 1604 del C.C. incumbe al que ha debido emplearlo.

Descendiendo al caso, refiere la documental adosada a folio 346 del expediente, denominada informe de accidentes de trabajo del empleador o contratante, que el siniestro ocurrió debido a que "EL TRABAJADOR SE ENCONTRABA REALIZANDO MANTENIMIENTO A LA MÁQUINA TECNOPACK 1 DE ENVASE Y SUFRE ATRAPAMIENTO POR LA MORDAZA DE LA MÁQUINA EN LOS DEDOS 2, 3, 4, 5, DE LA MANO IZQUIERDA", aspecto que fue corroborado por el trabajador en comunicación adiada el 25 de julio de 2016 (fol. 347), según la cual: "A ATENDER LA SOLICITUD DE AJUSTE DE LA TECNOPACK POR LLAMADO DE LA SUPERVISORA (MARÍA ELVIRA), ESTABA REALIZANDO LA CORRECCIÓN DEL EQUIPO Y LE (...) PREGUNTE A LA OPERARA SOBRE EL ARRASTRE DEL EQUIPO. LA OPERARIA ACCIONA EL ARRASTRE Y EN ESE MOMENTO TENÍA LA MANO IZQUIERDA DENTRO DE LAS MORDAZAS HORIZONTALES Y OCURRIÓ EL ATRAPAMIENTO; CALCULO ENTRE 2 A 3 SEGUNDOS, PERO AFORTUNADAMENTE LA OPERARIA ACTUÓ ACCIONANDO EL PARO DE LAS MAQUINAS"

Como se observa de esa descripción, en un hecho infortunado, el demandante estaba ejecutando el mantenimiento de la máquina envasadora Tecnopack-1, momento para el cual se accionó por la operaria el arrastre del equipo sin percatarse que aquel todavía mantenía la mano izquierda dentro de las mordazas, lo que ocasionó su atrapamiento. Así, desde el libelo genitor, el trabajador demandante le enrostra al dador del laborío responsabilidad en el citado siniestro dadas las omisiones y deficiencias en la prevención y ocurrencia de los riesgos asociados a la actividad en la que intervino el trabajador, esencialmente, por la inadecuada planeación de la actividad al no estar debidamente diligenciada la bitácora, la falta de capacitación sobre la labor que debía ejecutar en la envasadora Tecnopack-1, falta de capacitación sobre los riesgos, no adopción de medidas de protección, en tanto que, no le fueron entregados los elementos de trabajo acordes a la actividad desplegada sobre dicho equipo, no se realizó el ejercicio de supervisión sobre la función realizada, y la falta de control y capacitación sobre la persona que estuvo presente a la hora del infortunio.

Como se vio, la parte demandante pretende imputar al empleador el incumplimiento a los deberes de protección y seguridad y, por ende, según la excepción a la regla general sobre la carga de la prueba en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, corresponde, entonces, a la enjuiciada demostrar diligencia y precaución tendiente a procurar la salud e integridad del trabajador o que las afectaciones alegadas *"no guardan relación de causalidad con la conducta, activa o pasiva, que se le endilga, bien sea porque se interpone la culpa exclusiva de la víctima o de un tercero, el caso fortuito o la fuerza mayor."* (SL4172-2021)

Bajo ese contexto, la demandada para liberarse de la responsabilidad que le atribuye el actor, en su defensa argumenta que el incidente se generó por culpa exclusiva de aquél, ya que a éste se le solicitó que realizara el ajuste o mantenimiento de maquina envasadora Tecnopack-1 y en desarrollo de tal actividad, luego de probar diferentes alternativas con el fin de solucionar la dificultad presentada, pidió a la compañera de trabajo diera arranque a la máquina, sin retirar su mano izquierda de las mordazas, generando su atrapamiento. Expuso que antes y durante de la relación laboral el actor tenía competencias necesarias y adecuadas para manipular maquinaria, además, desarrolló como empleador planes de salud ocupacional, mantuvo reglamentos de higiene y seguridad en el trabajo, proporcionó condiciones y elementos de trabajo acordes con la capacidad del empleado y brindó las inducciones y capacitaciones de rigor, esto es, en todas las áreas de competencia relevantes de su oficio, incluyendo seguridad y salud en el trabajo.

Para probar lo dicho, adosó al plenario la hoja de vida del actor (fols. 181 a 183); copia descripción de responsabilidades asignadas al cargo de Técnico Electromecánico, cuyo conocimiento fue del demandante al imponer su firma en cada página (fols. 184 a 189); copia del currículo de entrenamiento-módulo específico-entrenamiento del cargo en el que se evidencia que recibió capacitación desde el 6 al 9 de mayo de 2014 (fols. 190 a 193); registros de asistencia e inscripciones a cursos (fols. 194 a 217); "pautas para la administración y ejecución de actividades de mantenimiento preventivo y correctivo de equipos, instalaciones, para garantizar que se encuentren en óptimas condiciones para su operación conforme al uso previsto, en cumplimiento de las buenas prácticas de manufactura", en el que se registró la asistencia del promotor del proceso (fols. 218 a 230); solicitud, entrega y recibo de elementos de trabajo EPP (fols. 231 a 241); sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo SG-SST con vigencia del 4 de agosto de 2014 al 4 de agosto de 2016 (fols. 242 a 253); manual del sistema de gestión en seguridad y salud en el trabajo (fols. 254 a 283); orden de trabajo (fols. 284 a 296); matriz de elemento de protección e individual (fols. 297 a 302) y, acta de constitución, organización y reunión del comité paritario de salud ocupacional (fols. 304 a 330).

Así mismo, obra informe rendido por la señora Yuliana Castañeda adiado 12 de julio de 2016 (fol. 331), en el que aquella señaló sobre la intervención que el señor Jaime Sánchez Cuervo estaba realizando a la máquina envasadora Tecnopack-1, mismo que *"solicita que diera arranque al equipo el cual oprimí, Marcha, Arrastre, enseguida el Señor Jaime pega el grito el cual no sabía porque ya que yo me encontraba mirando el tablero de la máquina y en este momento fue que nos dimos cuenta que la maquina le había atrapado la mano con la Mordaza (...)".* Aspecto que también dejó en el formato de investigación de accidentes/incidentes de trabajo (fols. 331 a 334).

De otro lado, se escuchó en interrogatorio de parte al señor Jaime Sánchez Cuervo, quien señaló que realizaba el mantenimiento de la máquina envasadora Tecnopack-1, en compañía de la operaria, puesto que por disposición de la empresa y de acuerdo con la capacitación de nombre *"mantenimiento autónomo"*, era la persona encargada operativamente de la máquina, quien debía estar presente, entre otras cosas, ayudando en la labor a efectuar. Señaló, además, que recibió dotación, entre eso, guantes de soldadura, los cuales indicó no eran acordes para manipular el equipo, dado al material con que fueron hechos (cuero) y su textura gruesa. Así, dijo que dada la textura del elemento de protección y teniendo en cuenta que iba a realizar una acción mínima que requería de destreza manual, a lo que se suma el área semi estéril donde reposaba la máquina y que por disposición de la señora Catherine Villamizar no debía haber elementos de origen animal y vegetal, no utilizó el elemento de trabajo.

También se escuchó a los señores María Elvira González Mendoza (supervisor de producción) y Nilson Osvaldo Beltrán Buitrago (director de capital humano), quienes fueron enfáticos en señalar el respeto de la accionada en el cumplimiento de las medidas de protección y seguridad para con los trabajadores, las capacitaciones permanentes de estos en cuanto al manejo y mantenimiento de las máquinas, medidas de precaución, a más de que señalaron que pese de que al actor le fueron entregados los elementos de protección personal de manera inmediata cuando eran requeridos, los guantes entregados no fueron utilizados por éste en el momento del mantenimiento de la envasadora Tecnopack-1. Coincidieron ambos testigos, en que el área donde reposaba la citada máquina no era un espacio estéril, de ahí que no existiera una razón para que no se hiciera uso de los guantes de protección.

Mientras que el señor Jefferson Borda Guzmán (testigo de la parte demandante), amigo del actor y quien dijo haber prestado sus servicios como técnico electromecánico a favor de la empresa enjuiciada desde 2013 al 2016, manifestó que por instrucciones de la señora Catherine Villamizar no se permitía el uso de guantes en el área donde se situaba la máquina envasadora Tecnopack-1, dado que tal área correspondía a un espacio estéril. Dijo, además, que no estuvo presente en el momento en que aconteció el accidente de trabajo, tampoco supo si la empresa demandada capacitó al actor, aunque refirió que como elementos de trabajo o dotación la empresa entregaba gafas, guantes, botas y camisas, para ejercer el cargo de electromecánico.

Así entonces de un análisis integral y objetivo de los medios de prueba reseñados con anterioridad, se debe señalar que, si bien el dador de laborío resalta la adopción de procedimientos seguros, de protección y cuidado, de acuerdo con su Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, es evidente que no tomó todas las medidas necesarias tendientes a evitar las situaciones de riesgo ocupacionales en la actividad desplegada por el actor, aspecto que incidió finalmente en la ocurrencia del accidente de trabajo el 28 de junio de 2016 y que le trajo un menoscabo en su mano izquierda que le generó incapacidad permanente parcial.

Ello es así, por cuanto a que, contrario a lo esbozado por la A quo, no se evidencia que haya adoptado todas las medidas de protección adecuadas de prevención y gestión del

riesgo, que tengan en cuenta, como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisamente en sentencia SL 5154-2020, reiterada en sentencia SL 4956-2021 *"la actividad económica, los sitios de trabajo, la magnitud, severidad de los mismos y el número de trabajadores expuestos (...)"*, y *"en dichos procesos lógicos de prevención es obligación de los empleadores identificar, conocer, evaluar y controlar los riesgos potenciales a los cuales puede estar expuesto un trabajador"*, no siendo suficiente afirmar, como lo pretende hacer ver la enjuiciada, que actuó bajo determinado estándar (Sistema y Manual de Gestión de Seguridad y Salud en el Trabajo), sino, imperativo resultaba que precisamente bajo ese mismo sistema que cumpliera con las obligaciones que lo componen, entre ellas, identificar los agentes de riesgo con miras a prevenirlo, así como los controles adecuados en procura de prevenir daños en la salud del trabajador, en los términos de la Ley 1562 de 2012 y en el Decreto 1443 de 2014 (num.1 del art. 7, num. 6 y 9 del art. 8, art. 11, num. 3 y 14 del art. 12, art. 15, num. 2 y 4 del art. 16, art. 23 y art. 24, entre otros), concordante con lo dispuesto en la Ley 9 de 1979; aspectos que claramente no están demostrados en el diligenciamiento.

Nótese que, aunque Procaps S.A. para dar por satisfechas las obligaciones de protección y seguridad, allegó el Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo con vigencia del "2014-08-04" al "2016-08-04", así como el Manual del Sistema de Gestión en Seguridad y Salud en el Trabajo con vigencia del "2015-10-08" al "2018-10-08", no obstante, ninguno de los medios de convicción allegados al cartapacio dan cuenta precisamente del cumplimiento de esas medidas de identificación, evaluación, valoración, prevención y control de peligros y riesgos en la actividad de mantenimiento preventivo y correctivo de las maquinarias, específicamente de la envasadora Tecnopack-1, pues no aportó al plenario la matriz de riesgos con el cumplimiento de los presupuestos previstos por el legislador, tampoco allegó la ficha de técnica del equipo manipulado por el trabajador y su compañera de trabajo, en el que se evidencien sus características, modo de uso y especificaciones de seguridad (núm. 9 D.1443/14), menos aún los manuales de procedimientos de trabajo seguro (num 4. Art. 24 D.1443/14), en los que se detallen las instrucciones para la intervención de la máquina envasadora y los peligros asociados a la actividad, así como su socialización a los trabajadores que intervinieron la máquina, para de esta manera acreditar que el actor tenía pleno conocimiento de los riesgos mecánicos, eléctricos y cualquier otro; tampoco se allegaron los protocolos de seguridad y demás instructivos internos de seguridad y salud en el trabajo (num. 9 art. 12 D. 1443/14).

A lo que se suma la falta de prueba tendiente a demostrar que como empleador garantizó la capacitación del trabajador respecto a lo enunciado precedentemente y en torno a todos los aspectos de seguridad y salud en el trabajo (artículo 8 del Decreto 1443 de 2014), además, en las circunstancias relacionadas en la ejecución de sus deberes y obligaciones (numeral 9 del artículo 8 y 11 del Decreto 1443 de 2014), en otras palabras, en la operación del mantenimiento preventivo y correctivo de las maquinarias, pero, no de manera general y abstracta, como se pretende con la prueba testimonial y se encuentra contenido en los documentos aportados, sino, específicamente con cada máquina, entre esas, en la envasadora Tecnopack-1 que generó el hecho dañoso en su contra. Ello, con la finalidad de prevenir accidentes de trabajo y enfermedades laborales que demanda esencialmente el sistema de gestión y seguridad en el trabajo regulado, entre otras disposiciones, en el Decreto 1443 de 2014.

En ese sentido, el acervo probatorio, contrario a lo que se pretendía, deja al descubierto las omisiones en que incurrió el empleador, ya que no se evidencia por parte de esta Sala que el empleador en cumplimiento del Decreto 1443/14, haya (i) planeado la actividad de mantenimiento de la envasadora Tecnopack-1, (ii) identificado el peligro y sus características, esto es, la fuente, situación o acto con potencial de causar daño en la salud del trabajador, en los equipos o en las instalaciones (num. 27 art. 2 D. 1443/14) (iii) evaluado el riesgo, identificando con concreción el nivel del riesgo asociado al nivel

de probabilidad de que se concrete y al nivel de severidad de las consecuencias de esa concreción (iv) establecido acciones preventivas, ya que no obra guía en la operación del mantenimiento correctivo de la envasadora Tecnopack-1, manuales de procedimiento de trabajo seguro ni capacitaciones en las que específicamente se hayan identificado los peligros y riesgos asociados a la labor realizada (v) instituido los controles necesarios que prevengan los daños en salud o integridad física de los trabajadores, dentro de los cuales se encuentra la verificación de los Elementos de Protección Personal (EPP) que requería usar el trabajador para el mantenimiento del citado equipo, sin que sea posible suplir el proceso de identificación de peligros, valoración de riesgos y determinación de controles, con la “*matriz de elemento de protección e individual*” allegado al cartapacio (fol. 282, 283 y 297 a 302), en tanto que allí no se denotan los elementos de protección personal requeridos según los peligros asociados a las actividades propias del cargo, específicamente, del mantenimiento preventivo y correctivo de la máquina envasadora Tecnopack-1; evidenciándose además, la ausencia de inspección en el lugar de trabajo, para verificar que el trabajador cuente con los Elementos de Protección Personal (EPP), definidos por su grupo ocupacional y su uso adecuado, de acuerdo al área de mantenimiento (Resolución 2400 de 1979, artículo 176), pues aunque los testigos señalaron la entrega de los guantes de protección al trabajador, para realizar la labor, dejando entrever que no fueron utilizados al momento del infortunio, lo cierto es que la empresa debía comprobar con precisión qué elementos entregó al actor y si los mismos son adecuados a la labor de mantenimiento de la máquina envasadora a la que se ha hecho alusión. Adicionalmente, debía ejercer el control y en todo caso requerir al colaborador el uso de estos, ello con el fin de evitar que las consecuencias del accidente de trabajo le fuesen más gravosas; lo que denota la ausencia de preparación del trabajador, así como de la operaria que acompañó al señor Jaime Sánchez Cuervo en el mantenimiento de la máquina envasadora Tecnopack-1.

De esta manera se incumple con el objetivo por el que propende el SST cual es precisamente la “prevención de las lesiones y enfermedades causadas por las condiciones de trabajo, y de la protección y promoción de la salud de los trabajadores” (art. 3 D.1443/14) y del SG-SST que consiste en el “desarrollo de un proceso lógico y por etapas, basado en la mejora continua y que incluye la política, la organización, la planificación, la aplicación, la evaluación, la auditoría y las acciones de mejora con el objetivo de anticipar, reconocer, evaluar y controlar los riesgos que puedan afectar la seguridad y la salud en el trabajo”(art. 4 D. 114/14)

Así las cosas, de las pruebas documentales no se deduce con la claridad que afirma la empresa llamada a juicio, que el accidente de trabajo no fue ocasionado por incumplimiento de las obligaciones del empleador, pues contrario a ello, lo que se observa sin lugar a dubitaciones es que aquél incumplió con la obligación general de protección y seguridad para con su trabajador señalada en el artículo 56 del CST, de allí que también sea evidente el dislate en que incurrió la juzgadora de primer grado, al considerar que la demandada cumplió con la obligación contenida en la citada disposición, en tanto que era de su resorte el haber allegado medios de convicción tendientes a demostrar que cumplió con su deber de adoptar todas las medidas de identificación, prevención y control de riesgos, sin que hubiera procedido de conformidad, dejando en evidencia que en ningún momento procuró demostrar las medidas adoptadas en orden de evitar o corregir situaciones riesgosas en la actividad de electromecánico.

En ese punto, llama la atención de la Sala la falta de equipos de protección idóneos, así como de adecuada capacitación en el manejo de la maquinaria, específicamente de la envasadora Tecnopack-1, pues como se dijo, sobre este aspecto no se allegó ningún medio de prueba, y aunque con las documentales arrimadas es indiscutible que la accionada suministró elementos de protección personal (EPP) al actor, según milita a

folios 231 y s.s. del instructivo, se reitera que ello no demuestra que los elementos de protección entregados fueran idóneos para la manipulación de la citada máquina, ante la falta la matriz de riesgos (artículo 122 de Ley 9 de 1979), evidenciándose, de las capacitaciones que la mayoría no dan cuenta de la formación académica que tuvo el promotor del litigio ante la falta de claridad de estas, aunado a que las mismas datan con posterioridad a la fecha del siniestro y, finalmente, no se proyectaron a capacitar sobre la envasadora Tecnopack-1, específicamente sobre los riesgos al realizar los mantenimientos ya sean preventivos o correctivos de la citada envasadora.

Así mismo, se echa de menos una supervisión idónea y suficiente, tendiente a requerir al trabajador el uso de los elementos de protección, así como la capacitación y orientación de la persona que estuvo vinculada en el siniestro, y no puede pensarse en que lo ocurrido fue por un hecho exclusivo de la víctima, ya que de haber tenido capacitación acorde a la manipulación de la envasadora Tecnopack-1 y los elementos de protección acordes a la actividad a realizar, hubiera podido precaver el riesgo al que estaba sometido, en los términos del artículo 274 de la Resolución 2400 de 1979. Y es que en lo referente a que el accidente del trabajo ocurrió por un actuar inseguro o imprudente del trabajador, debe la Sala acotar que sobre el punto, ha considerado la jurisprudencia (SL1911-2019) que: *“En todo caso, así hubiese un actuar imprudente del trabajador fallecido, ello no exime al empleador de implementar medidas de prevención efectivas para evitar accidentes de trabajo en el lugar de prestación del servicio, o en otros términos, la responsabilidad de la empresa en el accidente o la enfermedad no desaparece en el evento de que el trabajador lleve a cabo un comportamiento descuidado o imprudente (CSJ SL5463-2015, CSJ SL9355-2017 y CSJ SL2824-2018)”*.

Con todo lo anterior, la Sala considera que le asiste razón a la censura cuando le achaca un dislate al A quo en su razonamiento, pues es claro que la empresa accionada no probó la adopción de medidas necesarias y adecuadas de protección del trabajador con las cuales se mermaría el riesgo al que estaba sometido, reiterando que si bien suministró algunos elementos de protección personal que se evidencian en las documentales atrás expuestas, los mismos resultan insuficientes en orden de demostrar la adopción de medidas de protección pues no existe en el cartapacio la matriz de riesgos, es decir, la identificación de los peligros, evaluación, valoración y control de los riesgos.

Además, aunque fue implementado por la enjuiciada el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo SG-SST, como se expuso en la contestación de la demanda, allegando dentro de las documentales las denominadas “maestro de mantenimiento”, “descripción de responsabilidad asignadas” y “matriz de elemento de protección e individual”, dichos documentos tampoco identifican los factores de riesgo a los que estaba expuesto el trabajador y su causalidad asociada al trabajo, así como la adopción de medidas en la prevención de accidentes de orden laboral, en ejercicio de sus obligaciones no solo señaladas en la ley 1562 de 2012 y el Decreto 1443 de 2014, sino en los artículos 56 y 57, numeral 2 del CST y 21, 56 y 58 del Decreto 1295 de 1994.

Así las cosas, queda acreditado en el plenario la negligencia o actitud omisiva del empleador en el accidente de trabajo en comento, al faltar a sus obligaciones de supervisión, inspección, verificación y exigencia de acatamiento irrestricto de las normas legales y reglamentarias de seguridad y salud en el trabajo, pues el trabajador estaba expuesto a la ejecución de una labor riesgosa que comprometía su integridad, dejando al azar o al vaivén de las circunstancias la ocurrencia del riesgo a que estaba expuesto el trabajador, lo que sirve de fundamento de imputación de responsabilidad subjetiva a título de culpa de la demandada por la ocurrencia del accidente de trabajo que sufrió el señor Jaime Sánchez Cuervo.

Demostrado como quedó que ocurrió un accidente de trabajo y que el empleador no acreditó que frente a tal riesgo haya obrado de manera diligente o con el cuidado debido, adoptando las medidas de protección adecuadas y realizando una supervisión efectiva frente a la labor efectuada por el gestor del proceso, resulta palmario el nexo de causalidad y la consecuente asunción de los riesgos o contingencias creadas.

Por lo dicho, no queda otro camino para esta Sala de decisión que revocar la decisión de instancia y dar por acreditada la culpa patronal del artículo 216 del CST, pasando así al estudio de las condenas en concreto pretendidas en el libelo genitor.

Perjuicios materiales

En lo que hace a este aspecto, pretende el demandante el pago de los siguientes emolumentos:

- \$3.986.313, por concepto de lucro cesante consolidado.
- \$49.409.831, por concepto de lucro cesante futuro.

Como se vio, la solicitud en este punto se restringió exclusivamente al lucro cesante consolidado y futuro, más no se elevó petición tendiente a obtener daño emergente.

Ahora, para liquidar el lucro cesante consolidado y futuro, debe recordarse que en el libelo gestor se afirmó que el salario básico correspondió a la suma de \$1.925.000, no obstante, consideró el accionante que como realizó trabajo suplementario, el salario promedio a partir del 1 de febrero de 2017 ascendió a la suma de \$2.076.374. Sobre este aspecto, la Juez de primer grado señaló que como quiera que las partes no controvirtieron el citado salario básico, este es el que debía tener por probado; punto que reprocha el demandante, aduciendo, que, si bien recibió el señalado salario básico, también lo es que este fue incrementado dada la incidencia salarial de las horas extras que devengó.

Con fundamento en lo anterior y atendiendo la discusión que propone el demandante recurrente, al revisar los medios de prueba arrimados al plenario, evidencia la Sala que en efecto el actor en vigencia del vínculo laboral percibió como retribución a sus servicios un salario básico de \$1.925.000 a partir del 1 de febrero de 2017, según obra comunicación adosada a folio 30 del expediente. Adicionalmente, se observa de los comprobantes de nómina arrimados por las partes, que el trabajador ejecutó trabajo suplementario, de allí que el promedio salarial corresponda a la suma de \$2.017.651, conforme a la siguiente tabla:

PROMEDIO SALARIAL	
jul-16	\$ 1.824.685
ago-16	\$ 2.446.772
sep-16	\$ 2.140.532
oct-16	\$ 1.890.409
nov-16	\$ 2.321.167
dic-16	\$ 1.885.950
ene-17	\$ 2.093.850
feb-17	\$ 2.475.674
mar-17	\$ 2.063.605
abr-17	\$ 2.037.292
may-17	\$ 1.106.874
jun-17	\$ 1.925.000
\$ 2.017.651	

Bajo ese contexto y como quiera que la parte demandante no demuestra salario superior, la Sala tendrá para efectos de cuantificar los perjuicios reclamados la suma de \$2.017.651 al momento del fenecimiento de la relación laboral.

Lucro cesante consolidado

En lo que hace a los materiales irrogados, importa resaltar que el lucro cesante consolidado comprende la privación de la utilidad, beneficio, aumento o provecho que pudiendo percibirse, no se logra por causa de la lesión. Por manera que, siguiendo el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (radicados N° 35261 del 2010, y 39446 de 2012), el mismo se ha calcular desde la fecha de terminación del contrato laboral hasta la fecha de la sentencia de segundo grado, actualizando a valor presente el salario devengado que corresponde a la suma de \$2.338.603, al tiempo de tenerse en cuenta que el accidente le ocasionó una pérdida de capacidad laboral del 12.3 % (fols. 65 a 68), arrojando la suma de \$287.648,14, como lucro cesante mensual. Así las cosas, se obtiene un lucro cesante consolidado de **\$18.196.288,09**, con base en 55.10 meses transcurridos entre la terminación del contrato y la fecha de la presente providencia.

Lucro cesante futuro

En punto a calcular el lucro cesante futuro debe partirse de la operación de multiplicar el monto indemnizable actualizado con deducción de réditos por anticipo de capital (6% anual o 0.5% mensual), según el índice exacto a los meses del daño, aplicando la aludida fórmula que al efecto establece la jurisprudencia en cita, con base en la expectativa de vida del actor según la Resolución No. 155510 del 2010 de la Superintendencia Financiera de Colombia(tablas de Mortalidad), según la cual a la fecha de esta providencia el actor cuenta con 54 años, por haber nacido el 9 de octubre de 1966 (fol. 27), su expectativa de vida es de 27.2 años, lo que equivale 326.4 meses, que arrojan un valor por pagar de **\$46.234.555,92**.

Liquidación	
Fecha del cálculo	31 de enero de 2022
Género	Hombre
Fecha de nacimiento	9 de octubre de 1966
Fecha de estructuración de la PCL o fecha de terminación del contrato	30/06/2017
Salario actualizado a la fecha	2.338.603
% de pérdida de capacidad laboral	12,3
% lucro cesante	287.648
Valor lucro cesante mensual (LCM)	\$ 287.648,14
Edad a la fecha del cálculo	55,35068493
Años de expectativa de vida R-1555 de 2010	27,2
No. de meses a calcular LCC	55,10136986
No de meses expectativa LCF	326,4
Tasa de interés anual (ia)	6%
Tasa de intereses mensual (im)	0.5 %

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO $VA=LCM * Sn$		
LCM	\$	287.648,14
Sn		0,316294207
Sn		63,25884141
VA	\$	18.196.288,09

LUCRO CESANTE FUTURO $VA=LCM \frac{(1+i)^n-1}{i(1+i)^n}$		
VA=LCM		4,093338702
		0,025466694
VA=LCM		160,7330257
VA=	\$	46.234.555,92

Perjuicios morales

En cuanto al resarcimiento de los perjuicios morales, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencias SL1911-2019 y SL4665-2018, en donde reitera lo adoctrinado por la misma Corporación en sentencia SL 32720 de 2008, asienta que: *“en cuanto a que la tasación del pretium doloris o precio del dolor, queda a discreción del juzgador, teniendo en cuenta el principio de dignidad humana consagrado en los artículos 1.º y 5.º de la Constitución Política, ya que según lo ha sostenido esta Corporación, «para ello deberán evaluarse las consecuencias psicológicas y personales, así como las posibles angustias o trastornos emocionales que las personas sufran como consecuencia del daño»”.*

Conforme a lo atrás dicho, para determinar su monto se parte de la base de que la pérdida de capacidad laboral a causa del accidente de trabajo en un porcentaje del 12.3% le generó principalmente trauma por atrapamiento con quemaduras en sus dedos 2, 3, 4 y 5 de la mano izquierda (no dominante); además, se evidencia la calamitosa situación en su salud que tuvo que sortear a causa del accidente y su evolución, de acuerdo con su historia clínica adosada a folios 48 a 61 del expediente y las recomendaciones laborales que hizo la ARL Colpatria, razón a lo cual, se estima proporcional y ajustado el reconocimiento de la suma de \$5.000.000, correspondiente a 5 SMLMV, por concepto de perjuicios morales.

Excepción de prescripción

En cuanto a la excepción de prescripción, la misma debe declararse no probada, pues el accidente de trabajo ocurrió el 28 de junio de 2016, iniciándose la acción judicial el 3 de octubre de 2017 (fol. 71), es decir, dentro de los 3 años siguientes a la fecha en que la obligación se hizo exigible, respetándose así el término de prescripción trienal consagrado en los artículos 151 del C.P.T. y de la S.S. y 488 del C.S.T.

Indexación

Como se petitionó la indexación de las condenas, se accederá a la misma, toda vez que al momento del pago de la condena ésta sufrirá los efectos del hecho notorio de la devaluación de la moneda, corrección monetaria que deberá calcularse utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y desde la fecha en que se profiere esta sentencia de segunda instancia hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

Costas.

En ambas instancias a cargo de la parte demandada y en favor del demandante, por salir avante el recurso de apelación propuesto.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 26 de febrero del 2020, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído, para en su lugar, **DECLARAR** que el **PROCAPS S.A.** es responsable a título de culpa del accidente de trabajo acaecido el 28 de junio de 2016 a Jaime Sánchez Cuervo, configurándose así la culpa patronal del artículo 216 del CST.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **PROCAPS S.A.** a pagar a **JAIME SÁNCHEZ CUERVO** las siguientes sumas de dinero:

- **\$18.196.288,09**, por concepto de lucro cesante consolidado.
- **\$46.234.555,92.**, por concepto de lucro cesante futuro.
- **\$5.000.000**, por concepto de daños morales.

Sumas que deberá pagar debidamente indexadas conforme a los parámetros expuestos en la parte motiva de este proveído, desde la fecha de esta sentencia hasta el momento efectivo del pago de la obligación.

TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la enjuiciada.

CUARTO: CONDENAR en costas en ambas instancias en favor de la parte demandante y a cargo de **PROCAPS S.A.**

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

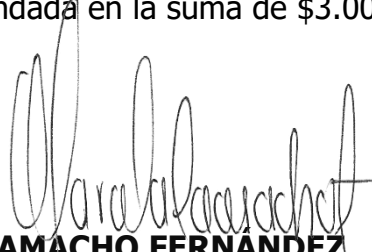


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en ambas instancias fijándose como agencias en derecho en favor de **JAIME SÁNCHEZ CUERVO** y a cargo de la demandada en la suma de \$3.000.000.



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: ASHLEY JESÚS FORTICH PACHECO
Demandadas: TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S. Y OTRA
Radicado No.: 39-2020-00189-01
Tema: CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DEMANDADAS –
REVOCA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Ashley Jesús Fortich Pacheco instauró demanda ordinaria contra Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. y Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral y, en consecuencia, se dispusiera a su favor el pago solidario del auxilio de cesantía y sus intereses, vacaciones, prima de servicios, aportes al sistema de seguridad social en pensiones y salud, auxilio de transporte, dotación, sanción por no consignación de cesantías anuales, *"sanción por no pago de cesantías definitivas"*, indexación y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que el 10 de octubre de 2013 inició labores con la empresa Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación, con el objeto de comercializar el programa vacacional que llevaba por nombre *"Tus vacaciones"*, sociedad que luego cambió a Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S., de esta manera laboró para las citadas empresas desde aquella época y hasta abril de 2017. Sostuvo que la empresa liquidaba el valor de la asignación con base en comisiones y en forma quincenal, efectuando descuentos por concepto de aportes a seguridad social, sin embargo, no le fueron canceladas prestaciones sociales. (Expediente digital, carpeta 01DemandaActaReparto20200703 y 04MemorialSubsanaDda20200818).

2. Contestación de la demanda.

2.1. Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación. Al momento de recorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones de la demanda aduciendo que entre las partes no existió relación laboral, en tanto que únicamente se ejecutaron actos de comercio en el marco de un convenio comercial de corretaje, cuyo primer pago de comisión mercantil se realizó en el mes de octubre de 2013 y el último en mayo de 2014.

En lo que hace a los supuestos fácticos no los aceptó y en su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa, inexistencia de las obligaciones, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción. (Expediente digital, carpeta 08ContestaciónDdaContinental20210122).

2.2. Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. Al dar respuesta se opuso a la prosperidad de las pretensiones arguyendo que entre las partes no existió relación laboral, en tanto que únicamente se ejecutaron actos de comercio en el marco de un convenio comercial de corretaje, cuyo primer pago de comisiones mercantiles ocurrió en el mes de junio de 2014 y el último en abril de 2017. Frente a los supuestos fácticos no aceptó ninguno de estos asegurando que las sociedades demandadas son personas jurídicas distintas y que entre las partes no ha existido vínculo laboral. En su defensa propuso las excepciones de mérito de falta de causa, inexistencia de las obligaciones, inexistencia de contrato de trabajo, inexistencia de solidaridad, cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y prescripción. (Expediente digital, carpeta 09ContestaciónDdaTour20210122).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de octubre del 2021, en la que la falladora declaró la existencia de dos contratos de trabajo verbales a término indefinido entre las partes así: el primero, entre el actor y Continental Voyages Club S.A.S. en Liquidación desde el 10 de octubre de 2013 hasta el 30 de mayo de 2014; y el segundo entre este y Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. desde el 1 de junio 2014 hasta el 30 de abril de 2017. Declaró probada la excepción de prescripción frente a todas y cada una de las acreencias laborales generadas con respecto a la primera relación laboral declarada y parcialmente probada frente a la segunda de aquellas.

En consecuencia, condenó a Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. al pago de cesantías e intereses a las mismas, prima de servicios y vacaciones, debidamente indexados. Así mismo, dispuso que las demandadas Continental Voyages Club S.A.S. en Liquidación y Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. cancelen los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones a favor del actor, así como las diferencias de las cotizaciones efectuadas a partir del 1 de junio de 2015 y hasta el 30 de abril de 2017.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que debía proponerse verificar la existencia de la relación laboral que aduce la parte demandante en el escrito de demanda en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Con tal propósito, citó los artículos 23 y 24 del CST y con ello refirió que la prestación del servicio se encuentra acreditada, en tanto que no fue un hecho objeto de discusión por las partes, razón por la cual debía dilucidar si dicha prestación se realizó de forma subordinada.

Así, luego de mencionar los medios de pruebas adosados al plenario sostuvo que entre las partes existió, bajo el principio señalado, contratos de trabajos a término indefinido, dado que las actividades desempeñadas por el promotor del litigio fueron personales, continuas y prolongadas, en tanto no se limitaban a poner en contacto los posibles contratantes para la celebración de un negocio, sino que su intervención en el proceso lo fue la de un asesor que actuaba en nombre de las compañías, ya que como lo aseguraron los testigos, el demandante no buscaba ni acercaba a los clientes con las empresas demandadas y por el contrario, debía estar prestó en un sitio determinado por aquellas, para ofrecer los servicios vacacionales.

Refirió que el actor laboraba en las salas de ventas que fueron asignadas por las empresas demandadas, que para su traslado debía pedir autorización de los directivos, pues así lo manifestaron los declarantes, quienes desvirtuaron la naturaleza jurídica de la figura de

corredor. Dijo que el demandante debía asistir a las instalaciones de la empresa a prestar sus servicios en una sala de ventas, dentro de un determinado horario impuesto por el empleador, manifestación propia de la subordinación y adujo que sus labores no podían desempeñarse de forma autónoma e independiente.

Precisó que, si bien uno de los testigos indicó que el gestor del proceso trabajó para el emporio Sheraton en el año 2014, lo que daría a entender que aquel no pudo laborar en esa época a favor de Continental Voyages, no podía perderse de vista que la citada demandada confesó la prestación de servicio durante dicho lapso, además, por cuanto el testigo pudo haberse confundido cuando éste señaló en otros apartes la obligación de exclusividad hacia la empresa.

Bajo ese norte, sostuvo que los deponentes al interior del proceso ratificaron la subordinación que se ejercía hacia el demandante, en tanto que fue objeto de llamados de atención ante el incumplimiento de metas, las empresas le suministraban los elementos de trabajo y se le exigía reglamentos que fueron impuestos por estas. Con todo lo anterior concluyó que, al estar acreditada la prestación del servicio, las demandadas no desvirtuaron la presunción de subordinación que pesaba en su contra, por manera que se encontraba acreditada la existencia de la relación laboral entre las partes.

Sentado lo anterior, entró a estudiar la excepción de prescripción propuesta por las demandadas y sobre este aspecto hizo alusión a lo dispuesto en los artículos 151 del CPT y de la S.S., 488 del CST y 21 de la Ley 640 de 2001, ello para significar que siempre y cuando el empleador asista a la diligencia de conciliación y en la misma se le ponga de presente los derechos que el trabajador persigue o se le haya notificado con la citación a él remitida, se puede dar como interrumpido el término de prescripción; de lo contrario operará el término de suspensión prescriptivo por el término de tres meses desde que el trabajador acudió al conciliador.

Así las cosas, indicó que la terminación del contrato de trabajo se dio el 30 de abril de 2017, además, obra acta de conciliación del 22 de marzo del 2018 expedida por el Ministerio del Trabajo en la que consta que Tour Vacation compareció y conoció los derechos precisos que el actor estaba deprecando, razón por la cual con tal acta se interrumpió el término de prescripción frente a las prestaciones sociales y vacaciones, no así frente a las sanciones deprecadas, operando de forma parcial frente a esta demandada, es decir, sobre los derechos que se hicieron exigibles con anterioridad al 22 de marzo del 2015, a excepción de las vacaciones, cesantías y aportes al subsistema de seguridad social en pensiones. (Expediente digital, carpeta 18AudienciaArt80Cptss20211021-02GrabaciónAudienciaArt80CptssParte2).

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación indicando que entre las partes no existió relación laboral, dado que el vínculo existente lo fue en el ámbito comercial a través de un contrato de corretaje, recibiendo pago de comisiones comerciales, cuyo vínculo feneció en mayo de 2014. Refirió que el actor confesó haber suscrito tal vínculo, razón por la cual no debía exigirse a la empresa aportar el escrito del contrato de corretaje.

Resaltó que el elemento de exclusividad se desvirtuó con la declaración del testimonio del señor Jorge Jimmy de La Hoz Espitia, quien aludió a que el demandante prestaba sus servicios a una persona jurídica distinta a la sociedad enjuiciada, lo cual, "*rompe de tajo la exclusividad y el elemento de subordinación*". Indicó que el testigo Dorian Palacios Pino aseguró que la actividad del demandante era la de corredor, además, incurrió en

imprecisiones ya que adujo que el vínculo existente nació en el año 2012 y 2013.

(Expediente digital, carpeta 18AudienciaArt80Cptss20211021- 02GrabaciónAudienciaArt80CptssParte2).

4.2. Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. En su alzada esgrimió que el demandante actuó con autonomía y libertad al tenor de lo establecido en el Código de Comercio, específicamente en la actividad de corretaje. Así, refirió que la A quo hizo una valoración incompleta de los medios de prueba que obran en el informativo, dado que no resolvió sobre la manifestación de desconocimiento presentada, es decir, si le daba o no valor probatorio a los correos electrónicos.

Sostuvo que el señor Jorge Jimmy de La Hoz Espitia en su testimonio indicó que el actor mantuvo relación contractual en el año 2014 con otra persona jurídica, razón por la cual, y de cara a los otros medios probatorios *"permite coincidir o verificar que él no estaba sujeto a ningún tipo de exclusividad"* y realizaba actividades a favor del grupo Sheraton, aspecto que denota la falta de subordinación en la actividad personal. Aludió a que la juzgadora de primer grado incurrió en error al señalar que el actor tenía horario, en tanto que ninguna prueba apuntaba a ello, dada la falta de claridad de los testimonios. Preciso que era una obligación de la empresa entregar al corredor papelería y los lineamientos de los contratos que debía suscribir, sin que por esa emisión de documentos permitiera colegir la existencia de subordinación.

De otro lado, dijo que se incurrió en error en la interpretación que dio el A quo relacionada con el acta del Ministerio de Trabajo al señalar que la interrupción de la prescripción respecto de las prestaciones también corría la misma suerte las vacaciones. Refirió que la reclamación laboral tendiente a interrumpir la prescripción laboral debe hacerse de manera clara, por manera que la presentaba adolece de tal precisión, razón por la cual debía declararse probada en su totalidad. (Expediente digital, carpeta 18AudienciaArt80Cptss20211021-02GrabaciónAudienciaArt80CptssParte2).

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Parte demandante. En su escrito expuso que se encuentra demostrado que se reúnen los requisitos esenciales establecidos por el legislador en el Código Sustantivo del Trabajo para que se configure un contrato realidad, pues, se vislumbra que el actor de forma directa desarrollo las actividades contratadas y dispuestas por su empleadora, y, ésta en contribución le pagó. Indicó que no había autonomía por parte de aquella en el desarrollo de sus funciones, pues, como él mismo lo describió, además de la imposición del horario de trabajo por parte de los directivos, también cuando lo incumplió, fue objeto de sanción.

5.2. Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. Alegó en su favor que, tal como consta en las pruebas aportadas en el proceso, así como lo manifestado por el demandante en el interrogatorio de parte, es claro que las actividades que éste desplegó durante las fechas mencionadas las hizo bajo la figura de un contrato de corretaje, según lo dispuesto en el Código de Comercio.

5.3. Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación. Indicó que desvirtuó tal inferencia y probó con la prueba testimonial y la prueba de confesión que el vínculo que unió a las partes se rigió por un contrato de corretaje mercantil, en tanto, los servicios prestados por el demandante se ejecutaron de manera autónoma o independiente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas 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.

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

- (i) ¿Las sociedades demandadas fungieron como empleadores del aquí actor, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?
- (i) De ser afirmativa la respuesta, esta Sala entrará a determinar ¿Se equivocó la Juez de primer grado al no declarar probada la excepción de prescripción sobre la totalidad de pretensiones de la demanda?

Relación laboral

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden según el artículo 23 del CST, a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

En ese orden, la persona que alegue la existencia de un contrato de trabajo, sólo le basta probar la prestación o la actividad personal para que se presuma legalmente la existencia del contrato de trabajo, conforme al contenido del artículo 24 de la norma sustancial, por manera que la demandada tiene la carga de desvirtuar el trabajo subordinado, con la prueba del hecho contrario. Es decir, al trasladarse la carga de la prueba a la demandada, ésta ha de acreditar con contundencia que la prestación de servicios lo fue de manera autónoma e independiente a fin de derruir la presunción antes señalada.

De allí que, en búsqueda de la verdad real frente a las formas contractuales habrá de tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 53 de la Constitución Política que consagra el principio de **"la primacía de la realidad sobre las formas"**. En torno a ello, lo que determina si un contrato es o no de trabajo, no es la denominación que le hayan dado las partes al momento de celebrarlo, sino las circunstancias que rodearon la prestación de los servicios convenidos, por lo cual, si de la misma se deduce con certeza que la actividad fue dependiente o subordinada, obviamente se estará en presencia de un típico contrato de trabajo, pues es la principal característica que diferencia esta vinculación de otras, de lo contrario, es decir, que si la actividad la desarrolló el contratado con independencia o autonomía, se estará frente a un contrato de naturaleza común.

En este sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2171 de 2019, reiteró una vez más tales presupuestos indicando:

"Pues bien, reiteradamente, esta Corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el sometimiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador

para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato».”

Delimitado así el aspecto normativo sustancial y jurisprudencial aplicable al caso, encuentra la Sala que en el instructivo no existe duda alguna acerca de la prestación personal de los servicios del señor Ashley Jesús Fortich Pacheco a favor de las sociedades Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación y Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S., situación fáctica aceptada en la contestación de demanda, aunque con la aclaración de que el vínculo estuvo regido por un contrato comercial de corretaje.

De acuerdo con lo anterior, demostrada como está la prestación del servicio por parte del actor al servicio de las codemandadas, opera la presunción de existencia de un contrato de trabajo, contenida en el artículo 24 del CST, la cual no fue desvirtuada por la pasiva, pues en el plenario no existe prueba alguna, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que el actor desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, como lo manifiestan las accionadas desde la contestación de la demanda, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que el señor Ashley Jesús Fortich Pacheco prestó el servicio a otra empresa, en tanto que aquello no constituye una razón seria y fundada para dudar sobre la existencia de relación laboral, dado que el trabajador cuenta con la posibilidad legal para celebrar varios nexos contractuales, salvo pacto de exclusividad, de conformidad con el artículo 26 del CST, aspecto que desde ya se aduce no se encuentra plenamente probado en este asunto.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que Ashley Jesús Fortich Pacheco haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que operaba, entonces, dada tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación, tal cual lo coligió la Juez de primer grado. Lo anterior, se explica porque todo el andamiaje argumentativo de las demandadas se centró en establecer que el actor prestó sus servicios personales a su favor, así como a un tercero, en calidad de corredor, sin embargo, no tuvo por objeto desvirtuar la presunción legal de la que se beneficia el extremo activo.

En ese orden, frente al contrato de corretaje que aducen las apelantes celebraron con el actor, debe recordarse que el artículo 1340 del Código de Comercio señala que es corredor aquella persona “*que, por su especial conocimiento de los mercados, se ocupa como agente intermediario en la tarea de poner en relación a dos o más personas, con el fin de que celebren un negocio comercial, sin estar vinculado a las partes por relaciones de colaboración, dependencia o representación.*” Bajo dicha disposición, la Sala no encuentra que la A quo haya incurrido en ningún desatino al colegir la inexistencia de dicho vínculo comercial entre los contendientes, ya que la actividad o labor desempeñada por el promotor del litigio carecía de tal autonomía e independencia y no intermediaba entre dos personas que buscan celebrar un negocio comercial, en tanto que estaba ligado a una de estas, fundamentalmente de la relación de subordinación que las empresas ejercen sobre aquél en aspectos como el señalamiento de una zona de venta, sujeción a un precio de venta, metas, reporte de ventas, sanciones, llamados de atención, permisos de traslado, la utilización de papelería, entre otras cosas, circunstancias que evidencian por el contrario la existencia de la figura jurídica de la subordinación jurídica.

Nótese, que el haz probatorio lo señala así, pues al escuchar el relato de los testimonios que fueron allegados por el demandante, contrario a lo esbozado por las demandadas, arrojan notas distintivas de un escenario totalmente opuesto a la autonomía e intermediación en la prestación de los servicios del demandante, en tanto que los señores Dorian Palacios Pino (gerente y vendedor) y Jorge Jimmy De La Hoz Espitia (subgerente

de ventas) narraron con la contundencia requerida que aquél desempeñaba su labor de asesor de las empresas enjuiciadas mediante estricta coordinación, programación, horario y cantidad, bajo la supedita supervisión de la pasiva.

Téngase en cuenta que el señor Dorian Palacios Pino informó de manera clara y precisa que la actividad desplegada por el promotor de la Litis implicaba su presencia en las instalaciones que se puso a disposición para la prestación del servicio, además que tenía un jefe directo; explicando que para los traslados de salas de ventas se debía solicitar autorización a los directivos de las compañías, con el fin de recibir viáticos y tiquetes aéreos. Así mismo, explicó que el actor prestó servicios como vendedor de cierre, es decir, *"la persona encargada de hacer la negociación, de cerrar el trato de venta del plan vacacional (...) es la persona que cierra el negocio, es la que muestra los números y se encarga de sacarle la venta al cliente"* y para prestar dicho servicio le entregaban elementos de trabajo y ayuda visual, al punto que le exigían un cumplimiento de horario, quien no podía ausentarse de la sala de ventas, aunado a que tenía que pedir permisos y se le imponía sanciones en la medida que no cumpliera horarios de trabajo o no se presentara a trabajar.

Mientras que el señor Jorge Jimmy De La Hoz Espitia, ratificó lo antes dicho, pero agregó que para cumplir el horario asignado existía un vehículo tipo buseta que los recogía en las casas donde recibían los vendedores, para ser llevados a las salas de ventas y posteriormente, al terminarse la jornada laboral, eran llevados nuevamente a sus residencias. Preciso que los jefes inmediatos controlaban la presentación personal del vendedor, horarios, ausencias y ejercían control absoluto en el área de trabajo, con la finalidad de prestar un buen servicio.

Ahora, debe precisarse que, aunque la censura considera que desvirtuó la subordinación porque el demandante confesó en el interrogatorio de parte sobre la suscripción del contrato de corretaje, aspecto que no obstante ser cierto de ninguna forma se puede considerar como perjudicial para el actor, por cuanto seguidamente aclaró que su labor no fue autónoma e independiente, sino que las condiciones del servicio las imponía las empresas, quienes le exigieron la suscripción de los contratos que no le fueron entregados y recibía órdenes de aquellas.

En esa medida, su contenido sólo refuerza la relación laboral que ató a las partes, y en esta perspectiva, se concluye que la Juez de primera instancia no incurrió en el dislate que le atribuye la censura, máxime cuando es claro que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal del gestor del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y por la misma razón le atribuyó correctamente la presunción contenida en el artículo 24 ejusdem, es decir, que estuvo precedida de subordinación por parte de las accionadas, en tanto que esta no allegó ninguna prueba del hecho en su contra.

Y es que verificados los medios de convicción allegados al proceso se tiene que no obra en el proceso prueba documental ni testimonial que respalde las partes estuvieron vinculadas por un contrato de tipo mercantil, ni que el demandante fuera autónomo e independiente al ejercer su cargo de vendedor, dado que las obligaciones que cumplió no se restringieron a esa estricta vinculación, sino a una de estirpe laboral. A lo que se suma que las labores ejercidas por aquel no eran extrañas, ni ocasionales al rol de las empresas Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación y Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S., pues se prestó a favor de la primera de ellas por un lapso aproximadamente de 7 meses, mientras que, en la segunda por un periodo de 4 años, lo que demuestra, que tan necesaria era, que implicaba la presencia del actor quien contaba con el perfil para ejercer su labor.

Otro aspecto que llama la atención la Colegiatura es que la actividad principal que desarrollaba el actor consistía en ventas de paquetes vacacionales, lo cual, guarda relación con el objeto social de las empresas, en tanto que los certificados de existencia y representación legal advierten que las sociedades tienen por objeto principal, entre otras, la explotación de la industria turística y hotelera y la prestación de servicio relacionados con la industria de los viajes y turismo, por lo que tal actividad que ejerció el demandante en forma personal, es una labor necesaria para el desarrollo del objeto social y por ello debía ser contratado con ajuste a la normativa laboral.

Bajo esos derroteros y teniendo en cuenta que los medios de persuasión enunciados demuestran inequívocamente la prestación del servicio del promotor de la litis a favor de Continental Voyages Club S.A.S en Liquidación y Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S., y la parte demandada no desvirtuó la presunción de existencia del contrato de trabajo derivada de dicha prestación, misma como se itera, se deduce válidamente de las pruebas, es claro que ningún dislate incurrió la juez primigenia al declarar su existencia, siendo menester precisar que si bien la A quo no se pronunció sobre el desconocimiento que se hizo por las encartadas frente a los pantallazos de los correos electrónicos allegados, lo fue en razón a que los demás elementos de persuasión allegados al plenario le dieron mayor persuasión o credibilidad sobre las circunstancias relevantes del proceso y que la llevaron, como se dijo, sin la utilización de otro medio probatorio, a la demostración de una verdadera relación laboral entre las partes y que ahora se ratifica la Sala.

Por lo dicho se confirma la decisión que bien tomó la Juez primigenia.

Excepción de prescripción

Pasa ahora esta Corporación a estudiar la excepción de prescripción propuesta por la convocada a juicio, punto sobre el cual Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. le imputa un desacierto a la sentenciadora de primer grado, considerando que la prescripción operó sobre los derechos reclamados, dado que en el acta de conciliación celebrada el 22 de marzo de 2018 no se esgrimieron ninguna de las pretensiones esbozadas en el libelo incoatorio y en todo caso, aunque se dejó anotado "*más prestaciones de ley*", las vacaciones no van incluidas en estas.

Respecto del reproche indicado, tempranamente esta Sala de Decisión Laboral debe señalar que le asiste razón a la censura, al atribuirle un desatino a la intelección que llegó la juez de primer grado, que llevó a declarar probada de manera parcial la excepción de prescripción frente al auxilio de cesantía, intereses, prima de servicios y vacaciones, como pasa a explicarse:

Esta Corporación observa que para efecto de estudiar el fenómeno de la prescripción en los términos de que trata el artículo 151 del CPTSS, debe partirse de la base de que la accionada Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. propuso dicha excepción al contestar la demanda y en tal virtud, es dable acudir al artículo 488 y 489 del CST, preceptivas que establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, y señalan que el simple reclamo escrito del trabajador recibido por el empleador **sobre un derecho o prestación debidamente determinado** interrumpirá la prescripción, pero sólo por un lapso igual.

En esa dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha estimado que el simple reclamó por escrito "*puede entenderse como cualquier requerimiento o solicitud que el trabajador hubiese realizado del derecho debidamente determinado y del que el empleador tuviese conocimiento, incluso, en peticiones realizadas ante autoridades judiciales o administrativas que hubiesen quedado plasmadas de forma escritural, como por ejemplo en actas de conciliación*". Además, ha precisado que a fin de que se interrumpa el fenómeno

prescriptivo en los términos de los artículos 489 del CST y 151 del CPTSS, se requiere que en dicha diligencia esté el empleador y que el reclamo deba estar individualizado, es decir, que lo solicitado sea claro y determinado. (SL4554-2020, que cita la sentencia SL, 18 jun. 2008, rad. 33273).

Bajo tal contexto, no fue materia de discusión por las partes que el demandante convocó al empleador Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S. ante el Ministerio del Trabajo para obtener el pago del "(...) sueldo básico desde que entré a trabajar con la compañía hasta el último día que laboré con ellos, más prestaciones de ley, pago de tres incapacidades cada una por 30 días para un total de 90 días, indemnización por daños psicológicos, indemnización por haber sido obligado a laborar estando incapacitado por parte de la empresa, reembolso de todos los dineros descontados que no fueron justificados en su momento y el saldo de pago comisionable el monto de las ventas totales." Registrándose en el acta la comparecencia de la enjuiciada a la audiencia de conciliación celebrada el 22 de marzo de 2018, al igual dejándose constancia que tales pretensiones fueron puestas en su conocimiento.

De acuerdo con ello, es claro que se equivocó la juez de primer grado al no aplicar los efectos de la prescripción en lo que hace a las reclamaciones solicitadas en el escrito primigenio, esto es, auxilio de cesantías y sus intereses, vacaciones y prima de servicios, al transcurrir más de tres años desde su exigibilidad a la radicación de la demanda, esto es, al 3 de julio de 2020. Y es que de otra forma no podría concluirse en la medida que en el presente asunto no operó la interrupción de la prescripción con la solicitud que se realizó en la conciliación extrajudicial que pretendió el accionante, en tanto que aquella no contuvo el derecho o prestación debidamente determinado y claro.

Lo anterior, porque de la citada solicitud no se evidencia que las pretensiones de la demanda hayan sido elevadas en contra de la empleadora, tal como lo dispone el referente normativo traído a colación, cuya exigencia, como se dijo, ha sido reconocida por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, precisando que aunque la connotación de simple reclamo, se predica de la informalidad de la solicitud, en tanto que no debe contener exigencias formales o lenguaje técnico o jurídico para salir adelante (SL 2979-2021, que reiteró las sentencias SL 12900-2014 y SL 4554-2020), "*Pero el reclamo escrito, con virtud para interrumpir la prescripción, no puede hacerse en forma abstracta, indefinida o indeterminada, como solicitar el pago de los derechos laborales o el reconocimiento de prestaciones sociales o la satisfacción de las indemnizaciones legales o convencionales o el otorgamiento de los descansos obligatorios. (...) Siempre debe individualizarse y precisarse el derecho reclamado. Por ejemplo, solicitar el pago de cesantía, prima de servicios, vacaciones, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria, pensión de jubilación, pensión de vejez, etc.*" (rad. 30437 del 1 de febrero de 2011, reiterada en sentencias SL 3786-2020 y CSJ SL 4331-2020)

Por lo expuesto, la sentenciadora de primer grado no atinó al concluir que las pretensiones de índole condenatorio no estaban afectadas por la prescripción conforme al medio exceptivo propuesto, al transcurrir más de 3 años desde la finalización del contrato de trabajo, esto es, el 30 de abril de 2017 a la presentación de la demanda, que lo fue el 3 de julio de 2020, dado que la reclamación que hizo no interrumpió la prescripción. Acotando, que si bien obra en el plenario derecho de petición incoado por el accionante a Tour Vacation Hoteles Azul S.A.S., el cual data del 8 de abril de 2018, también es cierto que allí tampoco se esgrimió ninguna de las pretensiones que reclama en la demanda, en tanto que únicamente se solicitó copia del contrato de trabajo y respuesta sobre los certificados de ingresos y retenciones de los años 2013 a 2016.

Dadas esas razones, y como quiera que en este asunto operó la prescripción respecto de las pretensiones de índole económico que se indicaron en el escrito de demanda, a excepción de los aportes al subsistema de seguridad social en pensión reclamados, en

tanto que aquellos son imprescriptibles (SL 3828-2021), no otra decisión habrá que adoptarse más que la de modificar el numeral segundo de la decisión confutada, con la consecuente revocatoria del ordinal tercero de la misma.

Costas

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

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 21 de octubre del 2021, por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **DECLARAR** probada la excepción de prescripción frente a todas y cada una de las pretensiones de índole económico que se indicaron en el escrito de demanda, a excepción de los aportes al subsistema de seguridad social en pensión solicitados. En lo demás mantener incólume el numeral.

SEGUNDO: REVOCAR el ordinal tercero de la decisión apelada, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada **TOUR VACATION HOTELES AZUL S.A.S.** del pago de cesantía y sus intereses, prima de servicios y vacaciones, conforme a lo motivado.

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



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ESPECIAL ACOSO LABORAL**
DEMANDANTE: **LEIDY MILENA GARZON ORTIZ**
DEMANDADO: **ADCAP COLOMBIA SA- COMISIONISTA DE BOLSA y OTROS**
RADICACIÓN: **110013105-037-2020-00343-01**
ASUNTO: **APELACIÓN SENTENCIA**
TEMA: **ACOSO LABORAL**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora LEIDY MILENA GARZON ORTIZ a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 8 de abril de 2019 hasta el 28 de noviembre de 2019, el cual finalizó por causa imputable al empleador; declarar que se ejercieron conductas de acoso laboral desde el mes de mayo de 2019, que dio lugar a la finalización del contrato de trabajo, en consecuencia, se ordene el reintegro laboral al cargo que venía desempeñando, al pago de la multa que establece el artículo 10, numeral 3° de la Ley 1010 de 2006, lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que inició a laborar a la empresa ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, desde el 8 de abril de 2019, en el cargo de Auxiliar Administrativa, con una asignación mensual de \$1.000.000, cumpliendo un horario de 7:30 am a 5:30 pm, y un sábado cada mes por espacio de 3 horas; que el 1 de julio de 2019 recibió una comunicación de su jefe inmediata, informándole el cambio de cargo, como Auxiliar de Servicio al Cliente, con una asignación mensual de \$1.270.000; que a partir del mes de mayo de 2019 empezó a sentirse acosada por parte del señor Fredy Enrique Rozo Cañón, quien fungía como representante legal de ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, e igualmente ejercía como jefe inmediato; que recibía mensajes, llamadas telefónicas fuera del horario de trabajo; que el señor Fredy Enrique Rozo Cañón invitó a la aquí demandante a "tomar un café" con el único pretexto y excusa de hablar sobre posibilidades de ayuda para ingresar a la universidad y terminar sus estudios de posgrado, asimismo, que en repetidas ocasiones la felicitaba por su desempeño en el trabajo, al punto de decirle que "era como un ángel que se había aparecido",

razón por la cual, no volvió a aceptarle “un café” más; que el señor Fredy Enrique Rozo Cañon la llamaba a su oficina a puerta cerrada, para contarle situaciones de su vida personal, como que “se encontraba en proceso de separación con su esposa”; que el señor Fredy Enrique Rozo Cañon insistió varias veces para que la aquí demandante saliera con él, pero no accedió, sacándole siempre evasivas de manera muy respetuosa, para que no tomara represalias.

Manifiesta que el 26 de agosto de 2019 decide reportar la situación con una de sus jefes inmediatos, la señora Karol Vanessa Oliveros Rodríguez, quien ostentaba el cargo de Directora Administrativa en el Área de Recursos Humanos, pero aquella funcionaria hizo omisión de llevar su situación al Comité de Convivencia Laboral, por el contrario trató de persuadirla para que renuncie voluntariamente, o un cambio de cargo con desmejoramiento salarial; que en el mes de noviembre de 2019 recibió un primer llamado de atención injustificado por incumplimiento de funciones, pero que aquello fue como retaliación al negarse a aceptar las insinuaciones y salidas; que el 28 de noviembre de 2019 recibió un segundo llamado de atención por retraso en el horario de llegada al trabajo, y por inconvenientes en un evento (desayuno) que se tenía programado ese día, pero tal llamado de atención no corresponde con la realidad, dado que el evento se llevó a cabo sin contratiempo, y sobre la llegada tarde se informó al superior inmediato desde las 6:15 am sobre la situación de movilidad en la ciudad; que el 28 de noviembre de 2019 le fue comunicado la terminación del contrato de trabajo, el cual se rehusó a firmar; que existen otras situaciones que dieron lugar al acoso laboral, como lo acontecido en el mes de julio de 2019 respecto a la actualización de una base de datos, el cual se le hizo un llamado de atención de que “no se estaba notando el trabajo”, a pesar de que le fue entregada una base de datos errónea que dificultaba el desempeño de la labor; que el señor Fredy Enrique Rozo Cañon tenía prohibido que compañeros (hombres) de trabajo se le acercaran a la aquí demandante; que el 2 de diciembre de 2019 le fue cancelada la liquidación final de prestaciones por valor de \$3.057.487, incluyendo la indemnización por despido sin justa causa; que el 5 de diciembre de 2019, la empresa le envía comunicación informándole que se procedería a adelantar las revisiones internas del caso, pero a la fecha de presentación de la demanda no recibió ninguna comunicación adicional.

2. Contestaciones:

2.1 Adcap Colombia SA: En la oportunidad legal presenta contestación a la demanda, aceptando la existencia del contrato de trabajo, pero oponiéndose a la configuración del presunto acoso laboral, ya que no se encuentra demostrado que ADCAP COLOMBIA S.A. COMISIONISTA DE BOLSA, a través de sus representantes o algún trabajador haya ejercido conductas de acoso laboral en contra de la demandante. Asimismo, que la terminación del contrato fue de manera unilateral y sin justa causa, sin que haya estado motivada por las presuntas conductas de acoso laboral. Como excepciones de mérito rotuló la de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, y caducidad de la acción (Fols. 110 a 152).

2.2 Fredy Enrique Rozo Cañon: Presentó contestación a la demanda, aduciendo que no se configura ninguna conducta de acoso laboral, y que la terminación del contrato de trabajo obedeció a las causales contenidas en el artículo 64 del CST, esto es, de firma unilateral y sin justa causa, además que no existe prueba de que la terminación del contrato haya acontecido por conductas de acoso laboral. Como excepciones de mérito rotuló la de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, y caducidad de la acción (Fols. 200 a 229).

2.3 Karol Vanessa Oliveros Rodríguez: Presentó contestación a la demanda, manifestando que los hechos y pretensiones no tienen relación alguna con la aquí demandada, aunado a que no se encuentra demostrado que aquella tuviera alguna relación con las presuntas conductas de acoso laboral que esgrime en la demanda. Como excepciones de mérito rotuló la de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, buena fe, caducidad de la acción, y falta de legitimación en la causa por pasiva (Fols. 281 a 229).

5. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero de 2021, mediante la cual el Juzgado 37 laboral del circuito decidió absolver a ADCAP COLOMBIA S.A., FREDY ROZO y KAROL VANESSA OLIVEROS, de las pretensiones invocadas en su contra por parte de la parte demandante LEIDY MILENA GARZÓN ORTIZ; declaró no probadas las excepciones propuestas, y condenó en costas a la demandante.

Su decisión se basó en análisis en conjunto de elementos probatorios, inicialmente adujo que quedó acreditada la existencia de la relación laboral entre la demandante y ADCAP COLOMBIA S.A, por el lapso del 8 de abril de 2019 y el 28 de noviembre del mismo año, aspecto que fue aceptado por la demandada.

Frente a la conducta de acoso laboral, estimó que no se logró configurar alguna conducta de acoso laboral de que trata la Ley 1010 de 2006, preliminarmente porque la actora no interpuso formalmente la queja durante la vigencia de la relación laboral, ya que solo al momento del despido hizo la manifestación, misma sobre la cual, la entidad demandada realizó la investigación.

Asimismo, que si bien es cierto obran mensajes por parte del señor Fredy Roza dirigidos a la demandante en la que se trasgrede de lo laboral a lo personal, fue la demandante quien le dejó claro la situación, y le reiteró nuevamente el 16 de junio de 2019, ante lo cual, de allí en adelante no se acreditan más conversaciones, aspecto aceptado por la propia demandante en el interrogatorio de parte.

Ahora, frente a los dos llamados de atención, concluyó que de la prueba testimonial, no se logra extraer que el señor Fredy Roza haya tenido injerencia, ya que el primer llamado de atención obedeció a la desatención de una instrucción respecto de la impresión de un documento, el cual fue dada por el señor Guillermo Rico, quien al rendir testimonio dio cuenta de que la demandante no se ciñó a los estándares que al respecto establecía la compañía. Respecto al segundo llamado de atención, consistente en la organización de un desayuno, en la que la actora no asistió en forma puntual, es un hecho ajeno al señor Fredy Roza, aunado a que los llamados de atención los realizó Karol Oliveros y no Fredy Roza.

Precisó que, si bien los mensajes enviados por Fredy Roza a la demandante no fueron objetivos y resultan reprochables, de allí no se logra acreditar que la terminación del contrato haya obedecido a conductas de acoso laboral, o que durante la vigencia de la relación laboral se haya presentado acoso laboral como lo pretende la parte actora. Que el mismo testigo traído por la parte actora, señor Joel Contreras, quien también laboró para la empresa demandada, dio cuenta que sí recibió los mensajes donde se informaba sobre el comité de convivencia laboral y los canales dispuestos para presentar quejas, por lo que, no se explica la razón de porque la actora no activo dichos canales en su debido momento.

En síntesis, manifestó que del material probatorio no se logra extraer las conductas de acoso laboral que refiere la parte actora en el escrito de demanda, además de no existir elementos persuasivos que respalden sus afirmaciones.

6. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó inconformidad por la parte actora, quien manifestó que no se tuvieron en cuenta todas y cada una de las pruebas practicadas y evacuadas dentro del proceso, pues es evidente que la empresa demandada por intermedio del señor Freddy Rozo ha menoscabado y afectado el derecho que tiene la demandada al trabajo digno, ya que sin ningún tipo de contemplación se incurrió en conductas de acoso laboral contenidas en la Ley 1010 del 2006, ello en la medida en que se demostró aquí que el señor Fredy Rozo afectó moral y psicológicamente y por supuesto constitucionalmente a la demandante. En síntesis, solicitó que se revoque la decisión de instancia.

7. Alegatos de conclusión. La parte demandante presentó alegatos de conclusión solicitando la revocatoria de la sentencia y en su lugar se acceda a las suplicas de la demanda, dado que el fallo no se encuentra en consonancia con lo demostrado a través de los medios probatorios; que es evidente el acoso laboral cuando una mujer se niega a aceptar insinuaciones de carácter sexual o sentimental por parte de sus superiores; que por medio de las conversaciones de WhatsApp se evidencia la situación de acoso laboral que enfrentó la demandante; no se hizo investigación de la conducta de acoso laboral en la empresa, vulnerándose el debido proceso.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Se acredita la existencia de una conducta configurativa de acoso laboral ejercida contra la demandante por parte del representante legal de ADCAP COLOMBIA S.A., Fredy Rozo? (ii) ¿Los llamados de atención y la terminación del contrato de trabajo de que fue objeto la actora fueron como retaliación de las presuntas conductas de acoso laboral de la que la actora manifiesta fue ejercida por Fredy Rozo? (iii) ¿Las conductas enrostradas por la contendiente judicial por activa tienen la naturaleza de persistentes en los términos que señala la Ley 1010 de 2006?

EXISTENCIA DE ACOSO LABORAL.

Inicialmente es menester señalar, que de conformidad con el artículo 1º de la Ley 1010 de 2006, el objeto de la denominada Ley de Acoso Laboral es *"definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública"*.

En ese orden de ideas, una interpretación tendiente a desentrañar la inteligencia de la Ley 1010 de 2006 permite evidenciar que su finalidad es definir, prevenir, corregir y sancionar las conductas constitutivas de acoso laboral. La prevención supone la determinación de las medidas que las empresas y las entidades públicas deben adoptar para evitar que en el desarrollo de las relaciones laborales surjan situaciones de acoso laboral; la corrección comporta el establecimiento de mecanismos de identificación de hechos constitutivos de acoso laboral y la solución amigable de los mismos antes de acudir a procedimientos disciplinarios o de sanción, y la sanción implica el seguimiento del trámite estipulado en la ley para castigar a los agresores.

En el artículo 2º de la citada normativa, se define el concepto de acoso laboral, precisando que *"(...) se entenderá por acoso laboral toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo"*.

Ahora bien, el artículo 7º ibídem establece ciertos casos, eventos o conductas en los cuales el acoso laboral se presume, eximiendo por tanto, a quien lo alega, de desplegar una actividad probatoria enderezada a ello, pues le basta a aquel con demostrar la ocurrencia de uno de los supuestos fácticos establecidos por la norma para que opere la presunción, misma que al ser del orden legal –iuris tantum- admite prueba en contrario, norma que fue objeto de análisis constitucional, mediante sentencia C-780 de 2007, la cual dispone:

"Se presumirá que hay acoso laboral si se acredita la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las siguientes conductas:

- "a) Los actos de agresión física, independientemente de sus consecuencias;*
- b) Las expresiones injuriosas o ultrajantes sobre la persona, con utilización de palabras soeces o con alusión a la raza, el género, el origen familiar o nacional, la preferencia política o el estatus social;*
- c) Los comentarios hostiles y humillantes de descalificación profesional expresados en presencia de los compañeros de trabajo;*
- d) Las injustificadas amenazas de despido expresadas en presencia de los compañeros de trabajo;*
- e) Las múltiples denuncias disciplinarias de cualquiera de los sujetos activos del acoso, cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos disciplinarios;*
- f) La descalificación humillante y en presencia de los compañeros de trabajo de las propuestas u opiniones de trabajo;*
- g) Las burlas sobre la apariencia física o la forma de vestir, formuladas en público;*
- h) La alusión pública a hechos pertenecientes a la intimidad de la persona;*
- i) La imposición de deberes ostensiblemente extraños a las obligaciones laborales, las exigencias abiertamente desproporcionadas sobre el cumplimiento de la labor encomendada y el brusco cambio del lugar de trabajo o de la labor contratada sin ningún fundamento objetivo referente a la necesidad técnica de la empresa;*
- j) La exigencia de laborar en horarios excesivos respecto a la jornada laboral contratada o legalmente establecida, los cambios sorpresivos del turno laboral y la exigencia permanente de laborar en dominicales y días festivos sin ningún*

fundamento objetivo en las necesidades de la empresa, o en forma discriminatoria respecto a los demás trabajadores o empleados;

k) El trato notoriamente discriminatorio respecto a los demás empleados en cuanto al otorgamiento de derechos y prerrogativas laborales y la imposición de deberes laborales;

l) La negativa a suministrar materiales e información absolutamente indispensables para el cumplimiento de la labor;

m) La negativa claramente injustificada a otorgar permisos, licencias por enfermedad, licencias ordinarias y vacaciones, cuando se dan las condiciones legales, reglamentarias o convencionales para pedirlos;

n) El envío de anónimos, llamadas telefónicas y mensajes virtuales con contenido injurioso, ofensivo o intimidatorio o el sometimiento a una situación de aislamiento social.

"En los demás casos no enumerados en este artículo, la autoridad competente valorará, según las circunstancias del caso y la gravedad de las conductas denunciadas, la ocurrencia del acoso laboral descrito en el artículo 2°.

"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral. La autoridad competente apreciará tal circunstancia, según la gravedad de la conducta denunciada y su capacidad de ofender por sí sola la dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales.

"Cuando las conductas descritas en este artículo tengan ocurrencia en privado, deberán ser demostradas por los medios de prueba reconocidos en la ley procesal civil¹.

Además, en el referido fallo de constitucionalidad dicha Alta Corporación, refiriéndose al citado artículo, expuso:

"El contenido normativo de la disposición es, entonces, el siguiente: (i) cuando se acredite la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en el propio artículo 7° de la Ley, existirá una presunción de acoso laboral; (ii) cuando se trate de la ocurrencia de una actuación que no se encuentre taxativamente contemplada en la disposición, debidamente acreditada, la autoridad tiene la facultad de valorar si la misma, dada su gravedad, configura acoso laboral, de conformidad con la definición que se hace del mismo en el artículo 2° de la Ley; (iii) cuando la denuncia se produzca por la ocurrencia de una única conducta hostil, la autoridad deberá apreciar tal circunstancia y la valorará según su gravedad, por su capacidad de ofender por sí sola los derechos fundamentales del denunciante y determinará si la misma

¹ La Ley también dispone explícitamente las conductas que no constituyen acoso laboral. Artículo 8°. *Conductas que no constituyen acoso laboral. No constituyen acoso laboral bajo ninguna de sus modalidades:*

a) Las exigencias y órdenes, necesarias para mantener la disciplina en los cuerpos que componen las Fuerzas Públicas conforme al principio constitucional de obediencia debida; // b) Los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria que legalmente corresponde a los superiores jerárquicos sobre sus subalternos; // c) La formulación de exigencias razonables de fidelidad laboral o lealtad empresarial e institucional; // d) La formulación de circulares o memorandos de servicio encaminados a solicitar exigencias técnicas o mejorar la eficiencia laboral y la evaluación laboral de subalternos conforme a indicadores objetivos y generales de rendimiento; // e) La solicitud de cumplir deberes extras de colaboración con la empresa o la institución, cuando sean necesarios para la continuidad del servicio o para solucionar situaciones difíciles en la operación de la empresa o la institución; // f) Las actuaciones administrativas o gestiones encaminadas a dar por terminado el contrato de trabajo, con base en una causa legal o una justa causa, prevista en el Código Sustantivo del Trabajo o en la legislación sobre la función pública; // g) La solicitud de cumplir los deberes de la persona y el ciudadano, de que trata el artículo 95 de la Constitución. // h) La exigencia de cumplir las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 a 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículos 59 y 60 del mismo Código. // i) Las exigencias de cumplir con las estipulaciones contenidas en los reglamentos y cláusulas de los contratos de trabajo. // j) La exigencia de cumplir con las obligaciones, deberes y prohibiciones de que trata la legislación disciplinaria aplicable a los servidores públicos.

Parágrafo. Las exigencias técnicas, los requerimientos de eficiencia y las peticiones de colaboración a que se refiere este artículo deberán ser justificados, fundados en criterios objetivos y no discriminatorios".

constituye o no acoso laboral; y, por último, (iv) cuando tales comportamientos -enumerados en la disposición- acaezcan en privado, la presunción no operará y, en consecuencia, la ocurrencia del hostigamiento deberá ser demostrada por los medios de prueba reconocidos en el Código de Procedimiento Civil, de suerte que si cualquiera de estas conductas logra ser acreditada, la autoridad competente deberá tenerla por acoso laboral.”

Aplicando el anterior criterio jurisprudencial, procede la Sala a verificar si la actora cumplió con la carga probatoria que le corresponde, esto es, demostrar que la directora del ente de salud, quien ejercía funciones de jefe inmediata de la quejosa incurrió en alguna de las conductas alegadas en la demanda, descritas en el artículo 7º de la ley 1010 de 2006, requisito imprescindible para que opere la presunción de acoso laboral alegado. No obstante, una vez realizada la evaluación del acervo probatorio recaudado, ab initio, concluye la Sala que la accionante no cumplió con el postulado y principio de derecho procesal denominado *onus probandi*, puesto que ninguna de las pruebas testimoniales ni documentales recaudadas, acreditan hechos que constituyan trato hostil en contra de la trabajadora, del cual se derive el alegado acoso laboral.

Ello es así, pues de la prueba documental allegada por la actora, se desprende que a folios 56 y 99 vía mensajes por WhatsApp el señor Fredy Rozo desborda los límites que se esperan de una comunicación de empleador – trabajador, pasando a los límites personales y por fuera del horario de trabajo, como la conversación del 7 de junio de 2019, en la que el señor Fredy Rozo le pide a la demandante una oportunidad para “cuidarte, consentirte, de estar contigo”, lo cual evidentemente no guarda ninguna relación con la función desplegada por la actora al interior de la empresa demandada, y por ello, desde allí la demandante le manifiesta que se siente incómoda. Igualmente, para el 16 de julio de 2019 se otea otra conversación en la que después de las 6:30 pm, el señor Fredy Rozo le pregunta a la actora sobre su estado de salud, y ante las manifestaciones de colaboración y preocupación del señor Rozo, la actora decide expresarle que “Yo te agradezco que en parte te preocupes por mí pero yo la ves pasada te dije que cosas no me gustaban, no te lo había podido decir porque quizás lo tomabas a mal y es lo que menos quiero, sonar como una persona grosera. Yo quiero dejarte claro que estoy bien en el sentido que puedo cuidarme, que tengo mis papás y que no me siento cómoda con que tú tengas esa clase de atenciones conmigo, de verdad pensé que había sido clara la última vez y créeme que intento ser decente para decírtelo sin sonar feo pero no encuentro otra manera”, ante lo que el señor Fredy Rozo respondió: “Mi preocupación no tiene ningún interés en especial. Para mí son claras las cosas con todos acá, simplemente pregunto si necesitas algo cómo lo hago con todas las personas pero si eso te molesta discúlpame no lo volveré a hacer. Creo q después de 15 días de estar así lo menos q podía hacer era ser formal contigo pero al parecer eso te molesta. Lo siento mucho no volverá a pasar”.

De la anterior documental arrimada al plenario, consistente en el cruce de mensajes vía WhatsApp, lo primero que viene a propósito colegir es que tal documental puede aceptarse como prueba, en la medida en que no fue tachada de falsa, y además que el señor Fredy Rozo aceptó en el interrogatorio de parte su contenido, es decir, a la pregunta de sí se comunicaba con la señora Leidy Milena Garzón a través de mensajes por WhatsApp y que tipo de mensajes, respondió que “sí” y que eran mensajes de carácter laboral y personal, con la aclaración de que la actora hizo una errada interpretación de los mensajes. Lo anterior para decir que tal documental que

contienen mensaje de datos constituye medio de prueba susceptible de valoración, en los términos de que trata el artículo 10 de la Ley 527 de 1999, en concordancia con la sentencia SC1139-2015, citada en la SL5246-2019.

Ahora, plantea la parte actora que luego de aquellos mensajes continuó el acoso laboral, concatenando aquello con los dos llamados de atención que tuvo posteriormente, es decir, aduce que los llamados de atención fueron como retaliación por no haber accedido a las invitaciones del señor Fredy Rozo, aspecto que del acervo probatorio arrojado al plenario no se logra configurar, pues en lo que respecta al primer llamado de atención datado el 19 de noviembre de 2019 (Fol. 163) consistente en la desatención a una instrucción del empleador, por no haber impreso documentos con el logo de la empresa, debe decirse que tal llamado de atención fue impuesto por Karol Oliveros Rodríguez como Directora Administrativa de la demandada, y de tal hecho dio cuenta el señor Guillermo Rico, quien ostentaba el cargo de Asesor Financiero o Director de Inversiones, al dar cuenta que la actora omitió ceñirse a unos parámetros definidos en relación con la impresión de unos documentos, los cuales al quedar mal “hechos” estéticamente no se veían bien presentados ante los clientes que se atendieron en esa oportunidad, relato factual en el que no se evidencia alguna injerencia, intervención o participación del señor Fredy Rozo, y al margen de que tal llamado de atención sea o no justificado, lo que se desprende es que no se presenta esa concatenación de presuntas circunstancias de acoso laboral que aduce la actora, es decir, no puede concluirse que el llamado de atención haya sido como retaliación por la negativa de la actora en salir con el señor Fredy Rozo.

En lo que respecta al segundo llamado de atención del 28 de noviembre de 2019 (Fol. 163), el cual fue impuesto por haber llegado tarde al puesto de trabajo, lo que ocasionó un inconveniente con un evento programado para ese día, acota la Sala que al margen de que el llamado de atención esté o no justificado, en la medida en que la actora hace alusión a que tuvo problemas de movilidad y lo informó a sus jefes inmediatos antes de arribar a la oficina, lo cierto es que, son circunstancias factuales en las que tampoco se evidencia que el señor Fredy Rozo haya influido en su concreción, pues el llamado de atención lo efectuó la Directora Administrativa Karol Oliveros Rodríguez, y aunado a lo anterior, es la misma actora quien en el interrogatorio de parte acepta que en efecto llegó tarde a su lugar de trabajo, por manera que, no puede concluirse que este llamado de atención haya tenido relación con la presunta conducta de acoso laboral del señor Fredy Rozo como lo plantea la actora en el libelo genitor, pues no se encuentra soporte acreditativo de que ello haya acaecido de esa manera.

Igualmente, el testigo Contreras Torres, traído por la parte demandante, quien fue compañero de trabajo en la empresa demandada, dio cuenta que las comunicaciones respecto del Comité de Convivencia sí llegaron a través del correo institucional, es decir, se desvanece la postura de la parte actora relativa al desconocimiento de la existencia del Comité de Convivencia en la empresa y sus canales para hacer efectivo sus reclamos; aunado a lo anterior, también dio cuenta de que el señor Fredy Rozo le llamó y escribió para preguntarle sobre la salud de su mamá, quien había “tenido una operación”.

Por todo lo anterior, si bien es cierto, la Sala no comparte ni justifica el actuar del señor Fredy Rozo relativo a que los contenidos de los mensajes de texto trasgreden el ámbito laboral, buscando cierto acercamiento hacia la actora con fines netamente personales, ello valorado en conjunto con los otros medios suasorios allegados al

plenario, no permiten avizorar conducta configurativa de acoso laboral, pues no puede perderse de vista que no logra extraerse que los llamados de atención y la consecuente terminación del vínculo laboral sin justa causa haya sido como retaliación por la negativa de la actora en "salir" con el señor Fredy Rozo, máxime cuando no se evidencia ni se acredita que después de la última conversación del 16 de julio de 2019, el señor Fredy Rozo haya insistido, intimidado o acosado a la actora a través de mensajes de texto, sobrepasando los límites propios de la relación laboral.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que en materia de acoso laboral se presume que la terminación del contrato de trabajo fue como retaliación de las presuntas conductas de acoso laboral (SL058-2021); no obstante, para que aquella presunción opere, debe haberse ejercido los procedimientos preventivos por parte de la actora antes de finalizar el vínculo laboral, lo que no acontece en el sub examine, pues solo cuando le fue notificada la terminación de la relación laboral hizo la anotación de que *"el hecho de no aceptar cariños y salidas con el jefe no implica tachar mis funciones"* (Fol. 166), y en ese orden, se desestima la posición de la parte actora relativa a que colocó en conocimiento de la situación en la conversación que tuvo con Karol Vanessa Oliveros, pues aquella manifestó en la declaración que tuvo una conversación con la actora, pero no fue formal sino como compañeras de trabajo, aunado a que siempre compartían conversaciones personales, lo que conlleva a la Sala a considerar que la actora no colocó en conocimiento del Comité de Convivencia Laboral la situación que venía presentándose antes del 16 de julio de 2019.

De igual manera, nótese que la entidad accionada una vez tuvo conocimiento de la manifestación esgrimida por la actora en la carta de terminación, activó el procedimiento ante el Comité de Convivencia Laboral y determinó que no se presentaron conductas de acoso laboral, pero si realizó recomendaciones al señor Fredy Rozo, consistentes en sugerirle *"que este tipo de conductas que podrían ser susceptibles de ser catalogadas como inapropiadas, no se vuelvan a presentar"* (Fol. 124).

Vale la pena aclarar que, siguiendo los predicamentos contenidos en la sentencia C-780 de 2007, previamente citada, para que se presuma que una conducta constituye acoso laboral debe acreditarse la ocurrencia "repetida y pública" de cualquiera de las circunstancias a que alude la Ley, situación que comporta una manifestación constante, sistemática y reiterada de *"agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo, y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de la relación laboral privada o pública"*, cuya consecuencia vaya focalizada a *"infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo"*, situaciones que de manera palmar no se presentan en el sub iudice.

Tampoco las conductas endilgadas en los llamados de atención, por sí mismas no constituyen acoso laboral, pues para controvertir o reclamar la legalidad o no de las mismas, la vía correcta no es una demanda por la supuesta incursión en conductas de acoso laboral, sino promover un proceso ordinario laboral donde se controvierta dicha situación, pues lo que la Ley 1010 de 2006 sanciona en relación con este aspecto disciplinario o sancionatorio, es que sean reiterados y públicos cuya temeridad quede demostrada por el resultado de los respectivos procesos (literal e. del artículo 7).

Ahora, si bien la ley 1010 de 2006, establece que *"Excepcionalmente un sólo acto hostil bastará para acreditar el acoso laboral"*, este debe ser de tal magnitud que por sí solo tenga la capacidad de socavar dignidad humana, la vida e integridad física, la libertad sexual y demás derechos fundamentales, lo que no logra extraerse del presente proceso, pues se itera, en relación con los mensajes de WhatsApp a pesar de ser inapropiados y por fuera de la jornada laboral, los mismos fueron cesados previas disculpas del accionado ante la solicitud y/o aclaración de la misma accionante, además no se logra evidenciar que esta fuera la causa del finiquito, pues se reitera que respecto de los llamados de atención, no tuvo injerencia el demandado en su imposición.

Por lo anterior la Sala concluye, que la actora no cumplió con la carga probatoria que le concernía para demostrar la existencia de alguna conducta constitutiva de acoso laboral y con ello, dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 7º de la Ley 1010 de 2006, por lo tanto, al no encontrarse acreditada *la ocurrencia repetida y pública de cualquiera de las actuaciones enumeradas en dicha norma u otros hostigamientos que se puedan considerar como conductas configurativas de acoso laboral*, la Sala confirmará el fallo absolutorio proferido en el *sub judice* por parte del Juzgado de origen, objeto de apelación.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, proferida el 15 de enero del año 2021, objeto de apelación, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO. SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **JOSÉ DOMINGO MARÍN CARDONA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-007-2020-00190-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA**
TEMA: **RECONOCIMIENTO PENSIONAL.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MARÍA VARGAS JEREZ, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor JOSÉ DOMINGO MARÍN a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez a partir del 1 de febrero de 2010, bajo los parámetros y condiciones del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, el reconocimiento de los intereses moratorios, la actualización, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el 5 de julio de 2016 solicitó el reconocimiento pensional ante Colpensiones, pero mediante Resolución GNR235652 del 11 de agosto de 2016 le fue negado, y en su lugar se reconoció la indemnización sustitutiva por valor de \$26.369.134, teniendo en cuenta 739 semanas; que le asiste derecho a que su reconocimiento pensional se tenga en cuenta todo el tiempo cotizado al sistema general de pensiones, tanto el tiempo público como privado; que al 1 de abril de 1994 contaba con más de 40 años de edad, por lo que es beneficiario del régimen de transición; que cumplió los 60 años de edad el 18 de septiembre de 2004, fecha para la cual acredita más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima de que trata el Decreto

758 de 1990; que presentó agotamiento de la reclamación administrativa el 17 de julio de 2019, pero mediante resolución SUB286723 del 17 de octubre de 2019 le fue respondido de manera negativa, argumentando que ya se le había reconocido la indemnización sustitutiva.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 archivo 4); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no acredita los requisitos mínimos para acceder a la pensión de vejez bajo el régimen de transición, ya que al 31 de julio de 2010 solo registra 619 semanas cotizadas, y a la vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 cuenta con 562 semanas cotizadas, es decir, densidad insuficiente para conservar el régimen de transición. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 13 Archivo No 5)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 06 de agosto de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que el señor José Domingo Marín Cardona es beneficiario del régimen de transición y como consecuencia de ello, le es dable el reconocimiento pensional bajo los aprecios del Decreto 758 de 1990; condenó a Colpensiones a reconocer y pagar a favor del demandante la pensión de vejez, tomando como IBL la suma de \$1.339.002 y una tasa de reemplazo del 57%, a partir del 17 de julio de 2014, y a pagar un retroactivo de \$55.842.684 debidamente indexado, y una vez compensado el pago de la indemnización sustitutiva; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y probaba la de compensación; absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a Colpensiones (fls. 1 a 2 archivo No 19, con Audiencia virtual).

Su decisión se basó en que el actor es beneficiario del régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, al contar con más de 40 años de edad al 1 de abril de 1994, y que la normatividad aplicable es el Acuerdo 049 de 1990, ello en virtud de la tesis asumida por la Corte Constitucional en sentencia SU769 de 2014, y que también es acogida por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia SL1981 de 2020, relativo a la posibilidad de sumar los tiempos públicos y privados para el reconocimiento de la pensión de vejez con el Acuerdo 049 de 1990.

En ese orden, constató que el actor acreditó los requisitos del Acuerdo 049 de 1991 antes del 31 de julio de 2010, por lo que no le es aplicable el Acto Legislativo 01 de 2005, acreditando más de 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima que lo fue el 18 de septiembre de 2004, procediendo con la liquidación de la pensión, el cual tuvo en cuenta los últimos 10 años conforme el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, arrojándole una mesada pensional de \$ 763.230 al 1 de febrero de 2010.

Declaró probada la excepción de prescripción frente a las mesadas causadas con anterioridad al 17 de julio de 2014, ordenando un retroactivo de \$ 55.842.684, luego de hacer la compensación del valor reconocido por indemnización sustitutiva.

Frente a los intereses moratorios impartió la absolución al haberse reconocido la prestación con aplicación del criterio jurisprudencial de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia sobre la sumatoria de tiempos públicos y privados.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de las siguientes partes procesales:

5.1. COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la sentencia, ya que Colpensiones en el año 2006 verificó que el actor no cumplía con los requisitos para acceder a la pensión de vejez, y por ello, procedió al reconocimiento de la indemnización sustitutiva, y a la vez con esa indemnización sustitutiva tuvo acceso el actor a los BEPS, es decir, una vez analizado todo lo pertinente a la improcedencia del reconocimiento pensional; que las costas procesales son excesivas, ya que se calcularon sobre el máximo que establece el Acuerdo del Consejo Superior de la Judicatura. En síntesis, solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a Colpensiones de todas las suplicas incoadas por el actor.

5.2. Demandante.: No está de acuerdo de manera parcial con la decisión en lo que respecta a los intereses moratorios, pues en su criterio, deben prosperar los mismos, ello debido a que desde el año 2014 ya la Corte Constitucional había determinado la procedencia de la sumatoria de tiempos públicos y privados, y la negativa en el reconocimiento fue en el año 2016, por lo que se debe aplicar el artículo 141 de la ley 100 de 1993.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se condene a Colpensiones a los intereses moratorios, y para ello trae como sustento la sentencia SL1681-2020 en la que se menciona la procedencia de los intereses moratorios en pensiones otorgadas en virtud del régimen de transición.

6.2 Colpensiones. Solicita que se revoque la decisión de instancia, ya que no cumple los presupuestos para el otorgamiento de la pensión a la luz del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, además al actor ya le fue reconocida la indemnización sustitutiva y tal cuantía fue destinada a los BEPS.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:
i) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento pensional en virtud del régimen de transición y conforme lo estable el Acuerdo 049 de 1990?, y de ser así ii) ¿Hay lugar a los intereses moratorios?

Sumatoria de tiempos públicos y privados.

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: (i) Que nació el 18 de septiembre de 1944 (Fol. 13); (ii) que mediante resolución GNR235652 del 11 de agosto de 2016 le fue reconocida la indemnización sustitutiva en cuantía de \$26.369.334 (Fols. 18); (iii) que el 17 de julio de 2019 solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, pero le fue negada a través de la resolución SUB286723 del 17 de octubre de 2019 (Fols. 18 a 21); (iv) que en la historia laboral de cotizaciones registra un total de 623.14 semanas entre el 11 de febrero de 1993 hasta el 31 de enero de 2010 (Fol. 1 y 2 historia laboral); (v) que entre el 22 de septiembre de 1987 al 28 de noviembre de 1989 cotizó a la Caja de Previsión Social del Meta (Fol. 31).

Así las cosas, la discusión conforme la plantea la parte demandada radica en que, pese a que le fue otorgada la indemnización sustitutiva, le asiste derecho a la pensión de vejez por cumplir con los requisitos del régimen de transición y con aplicación del Acuerdo 049 de 1990, acogiendo la tesis de la sumatoria de semanas sufragadas al Instituto y tiempos laborados en el sector público.

Ahora, debe decirse que, para efectos de resolver el problema jurídico suscitado, la inclusión de tiempos públicos no cotizados al ISS a fin de dar aplicación al Acuerdo 049 de 1990, como lo pretende el demandante para poder acceder a la pensión de vejez, ésta Sala de Decisión Laboral ha reconocido tal postura con sustento a lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia SU - 769 de 2014, en el sentido de indicar la posibilidad de acumular tiempos de servicios efectuados en el sector público y las cotizaciones efectuadas al citado instituto.

Criterio aquel que distaba del empleado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la medida que ese Alto Tribunal consideraba que el parágrafo de la citada disposición, es decir, del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, mismo que dispuso que *"para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso 1 del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente ley, al Instituto de Seguros Sociales, a las Cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio."*; hacía referencia únicamente a la pensión de vejez regulada íntegramente por la Ley 100 de 1993, en la que no debían excluirse las cotizaciones efectuadas con anterioridad a entrar en vigor de ese cuerpo normativo.

Lo anterior, en concordancia con lo previsto en el parágrafo primero, literal b) del artículo 33 de la ley 100 de 1993 y literal f) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que permite, para acceder a la pensión por vejez, computar semanas cotizadas al ISS y tiempo servido en calidad de servidor público remunerado, pero solo en el evento de que la pensión se reconozca bajo los requisitos de la nueva ley de seguridad social y no al amparo de reglamentaciones distintas, como el Acuerdo No. 049 de 1990.

En ese orden, el requisito de densidad de cotizaciones debía regirse íntegramente por lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, estatuto que no permite o no ofrece la posibilidad de incluir en la suma de semanas de cotización, las realizadas en cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, ni el tiempo trabajado como servidor público, como si lo

permite la pensión regulada por Ley 100 de 1993, por lo que era imposible acumular tiempos de servicios privados y públicos, para estructurar la pensión bajo la directrices del prenombrado acuerdo; como ya se dijo, según criterio y postura que adoptó la Sala Casación Laboral en distintos pronunciamientos que ha utilizado para resolver caso similares y por vía de ejemplo cita la Corporación las sentencias SL 13260-2015, SL 16810-2016 y SL 4010-2019.

No obstante, dicha postura fue recogida por la misma Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 1947-2020, misma que modificó sustancialmente el precedente, acotando que las pensiones de vejez reguladas por el citado Acuerdo, si permiten la sumatoria de tiempos tanto públicos como privados para ser acreedor de la pensión de vejez del Acuerdo 049 de 1990, indicándose que el correcto entendimiento del parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, así como las demás disposiciones al que se hizo antes referencia, no es el cómo se esbozó, sino:

"La posibilidad de la sumatoria de tiempos parte también de la propia Ley 100 de 1993, que contempló diversos instrumentos de financiación, tales como los bonos pensionales, los cálculos actuariales o las cuotas partes, que permiten contabilizar todos los tiempos servidos y cotizados para efectos del reconocimiento de las prestaciones económicas, sin distinción alguna. En virtud de ello, las pensiones del régimen de transición previstas en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 no pueden ser ajenas al anterior entendimiento, puesto que éstas pertenecen evidentemente al sistema de seguridad social integral y, como tal, pese a tener aplicación ultra activa de leyes anteriores en algunos aspectos como tiempo, edad y monto, en lo demás siguen gobernadas por dicha ley, que, finalmente, es la fuente que les permite su surgimiento a la vida jurídica y a la que se debe remitir el juez para su interpretación.

En tal dirección, así debe entenderse el parágrafo del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, que permite la sumatoria de tiempos públicos y privados, por cuanto es inusual que un parágrafo no haga relación a la temática abordada por una norma, como en este caso serían las pensiones derivadas del régimen de transición, de modo tal que el cómputo previsto en este parágrafo es predicable tanto para las prestaciones de Ley 100 de 1993 como las originadas por el beneficio de la transición de esta normatividad.

Es de resaltar que este cambio de criterio jurisprudencial de la Sala está acorde a mandatos superiores y a la defensa del derecho a la seguridad social en tanto garantía fundamental de los ciudadanos, así reconocida por diferentes instrumentos internacionales, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 y el Protocolo de San Salvador de 1988, que, además de estar ratificados por Colombia, hacen parte del denominado ius cogens."

En armonía con tal tesitura, que ratifica lo ya dicho por esta Corporación, siguiendo el criterio ya señalado en sentencia SU - 769 de 2014, que encaja perfectamente en el presente caso, se concluye que, tal como lo coligió la sentenciadora de primer grado, es posible sumar tiempos no cotizados al Seguro Social con el fin de completar la densidad de semanas exigida como requisito para acceder a la pensión de vejez bajo las prerrogativas consagradas en el régimen anterior, cuál es el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, en armonía con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Aspecto que, también es posible utilizar para obtener la reliquidación de la prestación otorgada al amparo del citado acuerdo, conforme se precisó con posterioridad por nuestra CSJ en sentencia SL 2557-2020.

PENSION DE VEJEZ y REGIMEN DE TRANSICION

Acto seguido y en consonancia con las pretensiones incoadas procede la Sala al estudio del reconocimiento pensional, para lo cual es menester recabar que para el 1 de abril de 1994 tenía 40 años de edad, por haber nacido el 18 de septiembre de 1944 (fl. 13), razón por la cual debe estudiarse su derecho a las luz de tales prerrogativas, establecidas como se sabe en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, y en su caso puntual en concordancia con el Acuerdo 049 de 1990 aprobado mediante Decreto 758 del mismo año, por todo lo dicho en precedencia.

En lo relacionado con la conservación del régimen de transición tras la entrada en vigencia el Acto Legislativo 01 de 2005, debe decirse que, en efecto, no le resulta aplicable ya que la edad mínima con la cual pretende causar la prestación la acredita el 18 de septiembre de 2004, es decir anterior a la entrada en vigencia el citado Acto Legislativo.

Ahora, debe tenerse en cuenta que el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, establece como requisitos para optar por la pensión de vejez, el cumplimiento de 60 años de edad en el caso de los hombres y 500 semanas en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima o 1000 semanas en cualquier tiempo.

Respecto al cumplimiento de la edad, nótese que de conformidad con la cedula de ciudadanía visible a folio 13, el actor arribó a los 60 años de edad el 18 de septiembre de 2004 por haber nacido el mismo día y mes del año 1944, y según la historia laboral que obra en el expediente (Fols. 2 a 9 Historia Laboral), y las semanas laboradas en el sector público cotizadas a la Caja de Previsión del Meta (Fols. 31), aquel suma más de 500 semanas de cotización en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima (18/09/2004 al 18/09/1984), en concreto acredita 523.87 semanas, por lo que no cabe duda del derecho que le asiste, pues cumple a cabalidad con los requisitos exigidos por el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1996, esto las 500 semanas en los últimos 20 años anteriores a la edad mínima, a pesar de no contar con las 1.000 en toda su vida laboral.

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el sistema contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años, o toda la vida laboral en el caso de acreditar más de 1250 semanas, debiendo aplicar el IBL que resulte más favorable, para lo cual ha de aplicarse la tasa de reemplazo de que trata el Artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990.

Así las cosas, en vista que no acredita más de 1.250 semanas, y para el primero de abril de 1994 le faltaban más de 10 años para causar la pensión de vejez, debe liquidarse el IBL con las cotizaciones que registre en los últimos 10 años, y como al respecto no se presentó inconformidad por la parte actora, la Sala solo procederá a realizar el cálculo del IBL de los últimos diez años con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Fol. 2 a 9), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$1.592.181.85**, suma superior a la que llegó el juzgadora primigenio, que lo fue de **\$1.339.002**, sin embargo, aprecia la Sala que al no ser objeto de disenso por la parte actora, y al revisarse la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, habrá de tenerse en cuenta para los efectos siguientes el IBL que justipreció el juez primigenio de \$1.339.002, al que al aplicarle la tasa de reemplazo del 57 % establecida en el

artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, por tener 737 semanas cotizadas, arroja una mesada inicial de **\$ 763.231**, como mesada inicial para el año 2010.

Respecto al disfrute pensional establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a su disfrute.

La historia laboral de cotizaciones de la parte actora (fols. 1 a 9) da cuenta de que el periodo de enero de 2010 fue su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones, razón por la cual, el disfrute pensional corresponde al 01 de febrero de 2010; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción y el a quo determinó que las mesadas anteriores al 17 de julio de 2014 se encuentran prescritas, cumple relieves que, las mesadas se causaron a partir del 01 de febrero de 2010, data desde la cual se hizo exigible el derecho, y en vista de que elevó una solicitud pensional el 17 de julio de 2019 (fol. 18), que fue resuelta a través de resolución SUB 286723 del 17 de octubre de 2019 (fols. 18), y entre esta resolución y la presentación de la demanda, que lo fue el 31 de julio de 2020 (fol. 1 archivo No 2), no corrieron más de los 3 años de que trata el artículo 151 del C.P.L y de la S.S., hay lugar a prohiar que operó el fenómeno prescriptivo de las mesadas causadas con tres años de antelación a la última solicitud, esto es, las causadas con anterioridad al 17 de julio de 2016, lo cual encuentra estribo en la sentencia SL 794 de 2013, prescripción que ha de declararse probada parcialmente por haber sido alegada por COLPENSIONES y haberse así determinado por el a quo, precisando que no lo es desde el 17 de julio de 2014, sino del 17 de julio de 2016, pues inexplicablemente el a quo toma esa fecha sin soporte alguno en el expediente.

Así las cosas, con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, debiendo determinar la Sala modificar este aspecto en la presente la decisión. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 17 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2022, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$82.751.015**. A partir del 01 de febrero de 2022, COLPENSIONES reconocerá una mesada pensional de **\$ 1.194.410**, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 14 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con anterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2010	3,17%	\$ 763.231		\$ 0
2011	3,73%	\$ 787.425		\$ 0
2012	2,44%	\$ 816.796		\$ 0
2013	1,94%	\$ 836.726		\$ 0
2014	3,66%	\$ 852.959		\$ 0
2015	6,77%	\$ 884.177		\$ 0
2016	5,75%	\$ 944.036	7	\$ 6.608.250
2017	4,09%	\$ 998.318	14	\$ 13.976.450
2018	3,18%	\$ 1.039.149	14	\$ 14.548.087
2019	3,80%	\$ 1.072.194	14	\$ 15.010.716
2020	1,61%	\$ 1.112.937	14	\$ 15.581.123

2021	5,62%	\$ 1.130.856	14	\$ 15.831.979
2022		\$ 1.194.410	1	\$ 1.194.410
TOTAL				\$ 82.751.015

Se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto autorizó a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensión** reconocida en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

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

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

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, debe ponderarse que se accede al reconocimiento pensional acogiendo la tesis de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y si bien, la procedencia de la sumatoria de tiempo públicos y privados es procedente por parte de la Corte Constitucional desde la sentencia SU769 de 2014, lo cierto es que la Corte Suprema de Justicia, acogió tal criterio desde el año 2020, fecha para la cual Colpensiones ya había negado la prestación reclamada, es decir, que no puede predicarse mora por

parte de Colpensiones ante la negativa en reconocer la prestación que aquí se condena, en ese orden, se absolverá de esta pretensión.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que *"el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa"*, en lo que al punto concluye:

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

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

En lo que respecta a la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, ha venido adocinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 8SL1067-2021), que: *"el reconocimiento de la indemnización sustitutiva no tiene incidencia frente al reconocimiento del derecho principal como lo es la pensión de vejez, siempre y cuando este último se haya causado antes del reconocimiento de la referida indemnización"*, circunstancia que aconteció en el sub examine, pues la indemnización sustitutiva se reconoció mediante resolución GNR 235652 del 11 de agosto de 2016 en el valor de \$26.369.334 (Fol. 18), y la pensión de vejez aquí otorgada se causó el 18 de septiembre de 2004, sin que en nada cambie la decisión aquí adoptada por el hecho de que el actor haya decidido ingresar a los BEPS luego de recibir la indemnización sustitutiva, pues debe recordarse que la pensión de vejez es un derecho irrenunciable. En cuanto a la compensación o descuento autorizado a realizar por COLPENSIONES sobre el retroactivo causado se impartirá confirmación, ya que no solo fue propuesta la excepción de compensación por parte de COLPENSIONES sino también porque son recursos del sistema integral de seguridad social y existe incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de vejez propiamente dicha, incluso, debe adicionarse el fallo de instancia, en el sentido de ordenar que el valor recibido por indemnización sustitutiva (\$26.369.334) se indexe desde que le fue otorgada al actor, hasta el momento de realizar el descuento.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, e indexación de la indemnización sustitutiva al momento de efectuar el descuento del retroactivo, impartándose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Sin costas de segunda instancia por no haberse causado. Las de primera se confirman, pues la censura respecto a que son muy excesivas, acota la Sala que de conformidad con el artículo 366 del CGP, no es la oportunidad procesal para controvertirlas, y en lo que respecta a su causación, las mismas son procedentes al haber sido parte vencida en el proceso y presentar férrea oposición. Tásense.

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.: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO y TERCERO** de la sentencia proferida el 06 de agosto de 2021 por el Juzgado 7º Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor *JOSÉ DOMINGO MARÍN CARDONA* la pensión de vejez, tomando un IBL de \$1.339.002 y una tasa de reemplazo del 57%, y a partir del 17 de julio de 2016.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor *JOSÉ DOMINGO MARÍN CARDONA* la pensión de vejez y la suma de **\$82.751.015**, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 17 de julio de 2016 y el 31 de enero de 2022, incluida la mesada adicional de junio y diciembre de cada año. A partir del 01 de febrero de 2022, COLPENSIONES seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente a **\$1.194.410**, junto con la mesada adicional de junio y diciembre de cada año, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos dirigidos al sistema de seguridad social en salud.

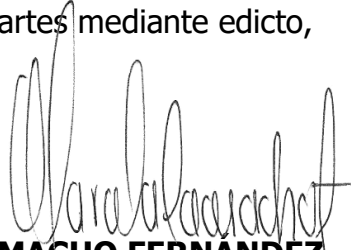
PARÁGRAFO PRIMERO: ORDENAR la INDEXACIÓN de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago.

PARÁGRAFO SEGUNDO: Se **AUTORIZA** a COLPENSIONES a descontar del retroactivo pensional el valor de la indemnización sustitutiva que le fue reconocida mediante Resolución 235652 de 2016, en cuantía de \$ 26.369.334, cifra que deberá ser indexada al momento de realizar el descuento respectivo, conforme lo expuesto en la parte considerativa de la presente sentencia".

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

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

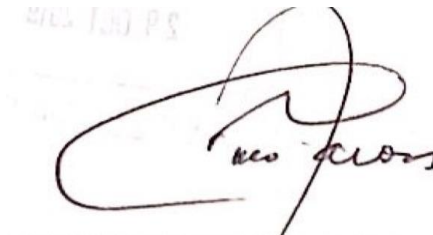
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

CALCULO IBL 10 años
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÀ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	3600
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2009	71,20	1966	0,09
1-nov-95	30-nov-95	\$ 845.000	1	\$ 3.288.902	\$ 914	2009	71,20	1994	18,29
1-dic-95	31-dic-95	\$ 845.000	30	\$ 3.288.902	\$ 27.408	2009	71,20	1994	18,29
1-ene-96	31-ene-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-feb-96	29-feb-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-mar-96	31-mar-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-abr-96	30-abr-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-may-96	31-may-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-jun-96	30-jun-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-jul-96	31-jul-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-ago-96	31-ago-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-sep-96	30-sep-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-oct-96	31-oct-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-nov-96	30-nov-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-dic-96	31-dic-96	\$ 1.014.000	30	\$ 3.306.300	\$ 27.552	2009	71,20	1995	21,83
1-ene-97	31-ene-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55

1-feb-97	28-feb-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-mar-97	31-mar-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-abr-97	30-abr-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-may-97	31-may-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-jun-97	30-jun-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-jul-97	31-jul-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-ago-97	31-ago-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-sep-97	30-sep-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-oct-97	31-oct-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-nov-97	30-nov-97	\$ 1.014.000	30	\$ 2.719.319	\$ 22.661	2009	71,20	1996	26,55
1-dic-97	31-dic-97	\$ 1.014.000	3	\$ 2.719.319	\$ 2.266	2009	71,20	1996	26,55
1-sep-00	30-sep-00	\$ 864.000	30	\$ 1.546.069	\$ 12.884	2009	71,20	1999	39,79
1-oct-00	31-oct-00	\$ 265.655	30	\$ 475.371	\$ 3.961	2009	71,20	1999	39,79
1-nov-00	30-nov-00	\$ 6.328.089	30	\$ 11.323.680	\$ 94.364	2009	71,20	1999	39,79
1-dic-00	31-dic-00	\$ 332.326	30	\$ 594.675	\$ 4.956	2009	71,20	1999	39,79
1-ene-01	31-ene-01	\$ 328.800	30	\$ 541.034	\$ 4.509	2009	71,20	2000	43,27
1-feb-01	28-feb-01	\$ 328.800	30	\$ 541.034	\$ 4.509	2009	71,20	2000	43,27
1-mar-01	31-mar-01	\$ 328.800	30	\$ 541.034	\$ 4.509	2009	71,20	2000	43,27
1-abr-01	30-abr-01	\$ 328.800	30	\$ 541.034	\$ 4.509	2009	71,20	2000	43,27
1-may-01	31-may-01	\$ 328.800	30	\$ 541.034	\$ 4.509	2009	71,20	2000	43,27
1-jun-01	30-jun-01	\$ 328.800	30	\$ 541.034	\$ 4.509	2009	71,20	2000	43,27
1-jul-01	31-jul-01	\$ 506.222	30	\$ 832.978	\$ 6.941	2009	71,20	2000	43,27
1-ago-01	31-ago-01	\$ 793.096	30	\$ 1.305.023	\$ 10.875	2009	71,20	2000	43,27
1-sep-01	30-sep-01	\$ 663.763	30	\$ 1.092.209	\$ 9.102	2009	71,20	2000	43,27
1-oct-01	31-oct-01	\$ 489.037	30	\$ 804.700	\$ 6.706	2009	71,20	2000	43,27
1-nov-01	30-nov-01	\$ 7.537.156	30	\$ 12.402.237	\$ 103.352	2009	71,20	2000	43,27

1-dic-01	31-dic-01	\$ 474.100	30	\$ 780.122	\$ 6.501	2009	71,20	2000	43,27
1-ene-02	31-ene-02	\$ 358.370	30	\$ 547.804	\$ 4.565	2009	71,20	2001	46,58
1-feb-02	28-feb-02	\$ 375.075	30	\$ 573.339	\$ 4.778	2009	71,20	2001	46,58
1-mar-02	31-mar-02	\$ 358.370	30	\$ 547.804	\$ 4.565	2009	71,20	2001	46,58
1-abr-02	30-abr-02	\$ 544.325	30	\$ 832.054	\$ 6.934	2009	71,20	2001	46,58
1-may-02	31-may-02	\$ 484.350	30	\$ 740.377	\$ 6.170	2009	71,20	2001	46,58
1-jun-02	30-jun-02	\$ 508.089	30	\$ 776.664	\$ 6.472	2009	71,20	2001	46,58
1-jul-02	31-jul-02	\$ 689.333	30	\$ 1.053.714	\$ 8.781	2009	71,20	2001	46,58
1-ago-02	31-ago-02	\$ 505.719	30	\$ 773.041	\$ 6.442	2009	71,20	2001	46,58
1-sep-02	30-sep-02	\$ 505.719	30	\$ 773.041	\$ 6.442	2009	71,20	2001	46,58
1-oct-02	31-oct-02	\$ 505.719	30	\$ 773.041	\$ 6.442	2009	71,20	2001	46,58
1-nov-02	30-nov-02	\$ 563.319	30	\$ 861.089	\$ 7.176	2009	71,20	2001	46,58
1-dic-02	31-dic-02	\$ 486.726	30	\$ 744.009	\$ 6.200	2009	71,20	2001	46,58
1-ene-03	31-ene-03	\$ 379.881	30	\$ 542.734	\$ 4.523	2009	71,20	2002	49,83
1-feb-03	28-feb-03	\$ 379.881	30	\$ 542.734	\$ 4.523	2009	71,20	2002	49,83
1-mar-03	31-mar-03	\$ 379.881	30	\$ 542.734	\$ 4.523	2009	71,20	2002	49,83
1-abr-03	30-abr-03	\$ 489.896	30	\$ 699.912	\$ 5.833	2009	71,20	2002	49,83
1-may-03	31-may-03					2009	71,20	2002	49,83
1-jun-03	30-jun-03	\$ 618.667	30	\$ 883.886	\$ 7.366	2009	71,20	2002	49,83
1-jul-03	31-jul-03	\$ 673.511	30	\$ 962.241	\$ 8.019	2009	71,20	2002	49,83
1-ago-03	31-ago-03	\$ 507.319	30	\$ 724.804	\$ 6.040	2009	71,20	2002	49,83
1-sep-03	30-sep-03	\$ 485.156	30	\$ 693.140	\$ 5.776	2009	71,20	2002	49,83
1-oct-03	31-oct-03	\$ 501.778	30	\$ 716.887	\$ 5.974	2009	71,20	2002	49,83
1-nov-03	30-nov-03	\$ 8.501.778	30	\$ 12.146.442	\$ 101.220	2009	71,20	2002	49,83
1-dic-03	31-dic-03	\$ 957.009	30	\$ 1.367.273	\$ 11.394	2009	71,20	2002	49,83
1-ene-04	31-ene-04	\$ 406.489	30	\$ 545.352	\$ 4.545	2009	71,20	2003	53,07
1-feb-04	29-feb-04	\$ 406.483	30	\$ 545.344	\$ 4.545	2009	71,20	2003	53,07
1-mar-04	31-mar-04	\$ 406.463	30	\$ 545.318	\$ 4.544	2009	71,20	2003	53,07
1-abr-04	30-abr-04		0			2009	71,20	2003	53,07
1-may-04	31-may-04	\$ 486.510	30	\$ 652.710	\$ 5.439	2009	71,20	2003	53,07
1-jun-04	30-jun-04	\$ 554.676	30	\$ 744.163	\$ 6.201	2009	71,20	2003	53,07
1-jul-04	31-jul-04	\$ 715.586	30	\$ 960.042	\$ 8.000	2009	71,20	2003	53,07

1-ago-04	31-ago-04	\$ 512.331	30	\$ 687.352	\$ 5.728	2009	71,20	2003	53,07
1-sep-04	30-sep-04	\$ 495.393	30	\$ 664.628	\$ 5.539	2009	71,20	2003	53,07
1-oct-04	31-oct-04	\$ 512.331	30	\$ 687.352	\$ 5.728	2009	71,20	2003	53,07
1-nov-04	30-nov-04	\$ 578.566	30	\$ 776.214	\$ 6.468	2009	71,20	2003	53,07
1-dic-04	31-dic-04	\$ 360.000	30	\$ 482.982	\$ 4.025	2009	71,20	2003	53,07
1-ene-05	31-ene-05	\$ 382.667	30	\$ 486.640	\$ 4.055	2009	71,20	2004	55,98
1-feb-05	28-feb-05	\$ 382.000	30	\$ 485.791	\$ 4.048	2009	71,20	2004	55,98
1-mar-05	31-mar-05	\$ 382.667	30	\$ 486.640	\$ 4.055	2009	71,20	2004	55,98
1-abr-05	30-abr-05	\$ 426.213	30	\$ 542.017	\$ 4.517	2009	71,20	2004	55,98
1-may-05	31-may-05	\$ 456.667	30	\$ 580.746	\$ 4.840	2009	71,20	2004	55,98
1-jun-05	30-jun-05	\$ 456.667	30	\$ 580.746	\$ 4.840	2009	71,20	2004	55,98
1-jul-05	31-jul-05	\$ 972.133	30	\$ 1.236.266	\$ 10.302	2009	71,20	2004	55,98
1-ago-05	31-ago-05	\$ 747.600	30	\$ 950.727	\$ 7.923	2009	71,20	2004	55,98
1-sep-05	30-sep-05	\$ 776.533	30	\$ 987.521	\$ 8.229	2009	71,20	2004	55,98
1-oct-05	31-oct-05	\$ 728.587	30	\$ 926.548	\$ 7.721	2009	71,20	2004	55,98
1-nov-05	30-nov-05	\$ 456.667	30	\$ 580.746	\$ 4.840	2009	71,20	2004	55,98
1-dic-05	31-dic-05	\$ 1.201.040	30	\$ 1.527.368	\$ 12.728	2009	71,20	2004	55,98
1-ene-06	31-ene-06	\$ 457.000	30	\$ 554.259	\$ 4.619	2009	71,20	2005	58,70
1-feb-06	28-feb-06	\$ 502.000	30	\$ 608.836	\$ 5.074	2009	71,20	2005	58,70
1-mar-06	31-mar-06	\$ 480.000	30	\$ 582.154	\$ 4.851	2009	71,20	2005	58,70
1-abr-06	30-abr-06	\$ 4.288.000	30	\$ 5.200.578	\$ 43.338	2009	71,20	2005	58,70
1-may-06	31-may-06		0			2009	71,20	2005	58,70
1-jun-06	30-jun-06	\$ 957.000	30	\$ 1.160.670	\$ 9.672	2009	71,20	2005	58,70
1-jul-06	31-jul-06	\$ 719.000	30	\$ 872.019	\$ 7.267	2009	71,20	2005	58,70
1-ago-06	31-ago-06	\$ 854.000	30	\$ 1.035.750	\$ 8.631	2009	71,20	2005	58,70
1-sep-06	30-sep-06	\$ 1.026.000	30	\$ 1.244.355	\$ 10.370	2009	71,20	2005	58,70
1-oct-06	31-oct-06	\$ 690.000	30	\$ 836.847	\$ 6.974	2009	71,20	2005	58,70
1-nov-06	30-nov-06	\$ 773.000	30	\$ 937.511	\$ 7.813	2009	71,20	2005	58,70
1-dic-06	31-dic-06	\$ 686.000	30	\$ 831.996	\$ 6.933	2009	71,20	2005	58,70
1-ene-07	31-ene-07	\$ 480.000	30	\$ 557.203	\$ 4.643	2009	71,20	2006	61,33

1-feb-07	28-feb-07	\$ 1.215.000	30	\$ 1.410.420	\$ 11.754	2009	71,20	2006	61,33
1-mar-07	31-mar-07	\$ 849.000	30	\$ 985.553	\$ 8.213	2009	71,20	2006	61,33
1-abr-07	30-abr-07	\$ 758.000	30	\$ 879.917	\$ 7.333	2009	71,20	2006	61,33
1-may-07	31-may-07	\$ 1.022.000	30	\$ 1.186.378	\$ 9.886	2009	71,20	2006	61,33
1-jun-07	30-jun-07	\$ 878.000	30	\$ 1.019.217	\$ 8.493	2009	71,20	2006	61,33
1-jul-07	31-jul-07	\$ 505.000	26	\$ 586.224	\$ 4.234	2009	71,20	2006	61,33
1-oct-08	31-oct-08	\$ 954.000	30	\$ 1.047.780	\$ 8.732	2009	71,20	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 986.000	30	\$ 1.082.926	\$ 9.024	2009	71,20	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 986.000	30	\$ 1.082.926	\$ 9.024	2009	71,20	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 986.000	30	\$ 1.005.738	\$ 8.381	2009	71,20	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	\$ 986.000	30	\$ 1.005.738	\$ 8.381	2009	71,20	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 986.000	30	\$ 1.005.738	\$ 8.381	2009	71,20	2008	69,80
1-abr-09	30-abr-09	\$ 986.000	30	\$ 1.005.738	\$ 8.381	2009	71,20	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 1.593.000	30	\$ 1.624.889	\$ 13.541	2009	71,20	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 1.062.000	30	\$ 1.083.259	\$ 9.027	2009	71,20	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 1.062.000	30	\$ 1.062.000	\$ 8.850	2009	71,20	2009	71,20

TOTAL DIAS	3600
TOTAL SEMANAS	514,29

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	\$ 1.592.181,85
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	\$ 907.543,66

PORCENTAJE APLICADO	57%
PENSION RECONOCIDA	0
DIFERENCIA	\$ 907.543,66



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **LUIS FRANCISCO SIERRA MENDOZA**
DEMANDADO: **COLPENSIONES y OTROS.**
RADICACIÓN: **110013105-037-2017-00754-01**
ASUNTO: **APELACIÓN DEMANDADAS Y CONSULTA**
TEMA: **CÁLCULO ACTUARIAL Y RECONOCIMIENTO PENSIONAL.**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. LADYS DAYANA CANTILLO SAMPER, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. El señor LUIS FRANCISCO SIERRA MENDOZA a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se declare la existencia de una relación laboral con la sociedad PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, y en consecuencia, se ordene a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a realizar los aportes para pensión en el lapso del 21 de mayo de 1979 hasta el 02 de diciembre de 1992; que se ordene a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial por el periodo antes relacionado, y a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS la orden de pagar el citado cálculo actuarial; que se condene a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con los incrementos legales y mesadas adicionales, a partir del 4 de septiembre de 2017, la indexación, lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que nació el 04 de septiembre de 1955; que con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS existió un contrato de trabajo que inició el 21 de mayo de 1979 y finalizó el 30 de julio de 2006; que el empleador solo lo afilió al riesgo de pensión hasta el 03 de diciembre de 1992; finalmente, que el 12 de septiembre de 2017 solicitó ante COLPENSIONES el

reconocimiento de la pensión de vejez, pero le fue negado a través de resolución SUB 207129 del 25 de septiembre de 2017.

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 27); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que las pretensiones relativas a la relación laboral van dirigidas a una entidad diferente a COLPENSIONES, y en lo que respecta a la pensión de vejez, manifiesta que mediante resolución SUB 207129 del 25 de septiembre del 2017 se le negó el reconocimiento pensional por no contar con la densidad de semanas exigidas, y además no hay certeza y prueba que demuestre que el demandante estuvo vinculado laboralmente al empleador PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, y por ende, el demandante no causa ninguna prestación económica, ya que no reúne las semanas exigidas. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe y declaratoria de otras excepciones (Fols. 51 a 54).

PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS.: Como réplica de la demanda manifiesta que en efecto la relación laboral inició el 21 de mayo de 1979, pero la misma ya finalizó; que la sociedad demandada solo tuvo obligación de afiliar al demandante para el sistema general de pensiones a partir del 1 de diciembre de 1992, tal como lo certificó el mismo ISS; que la entidad demandada subrogó la obligación en el ISS, y además no es posible exigir la contabilización de semanas para reconocimiento pensional cuando el empleador no estaba obligado a realizar la afiliación y cotización, y mucho menos estaría obligado al pago del cálculo actuarial. Como excepciones de mérito postuló la de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, doctrina probable, buena fe de la demandada, prescripción, y las demás que se demuestren en el proceso (Fols. 67 a 71).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de septiembre de 2018, mediante la cual el Juzgado condenó a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS a reconocer y pagar a favor del demandante el cálculo actuarial en los términos del Decreto 1887 de 1994 y 3798 de 2003, por el periodo comprendido entre el 21 de mayo de 1979 al 2 de diciembre de 1992, otorgándole 15 días hábiles a partir de la ejecutoria de la sentencia para que presente los documentos ante COLPENSIONES, quien tendrá 15 días para expedir dicho cálculo para ser pagado por la demandada; condenó a COLPENSIONES a reconocer la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9º de la Ley 797 de 2003 en la suma de \$1.510.013,76, efectiva a partir del 1 de enero de 2018 sobre 13 mesadas, junto con los reajustes legales en los términos del artículo 14 de la Ley 100 de 1993, advirtiendo que el retroactivo se debe reconocer de manera indexada desde la exigibilidad de cada una de las mesadas pensionales hasta que se realice el pago efectivo, absteniéndose de imponer costas (fls. 137, con CD de la audiencia a folio 152).

Su decisión se basó en que no es objeto de discusión la relación laboral entre el señor LUIS FRANCISCO SIERRA MENDOZA y PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS entre el 21 de mayo de 1979 hasta el 30 de julio de 2006; y en lo relacionado con el cálculo

actuarial su decisión se basó en lo establecido por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, la sentencia SL 2036 de 2018, en la que el criterio constante es la asunción del cálculo actuarial a cargo del empleador de los tiempos no cotizados antes de 1994, independiente de que no haya existido obligación de realizar afiliación al ISS, o que su omisión haya ocurrido por falta de cobertura, aunado a que, para esas calendas el empleador tenía la responsabilidad de asumir las prestaciones; que la manera práctica es facilitar que el actor consolide su derecho pensional a través del cálculo actuarial a cargo del empleador; que el riesgo de vejez siempre estuvo a cargo del empleador, por lo que no puede servir de excusa el hecho de que no haya existido cobertura del ISS; que el empleador debe responder por el cálculo actuarial una vez allegue la información de los salarios de esa época ante Colpensiones, y seguidamente COLPENSIONES debe computar el periodo reconocido en el cálculo actuarial como semanas cotizadas, que en total suman 706.43 semanas; en relación con el reconocimiento pensional, consideró que al actor le asiste el reconocimiento a la luz del artículo 33 de la ley 100 de 1993, ya que no es beneficiario del régimen de transición al cumplir los 60 años de edad en el año 2015, prestación que causó el 4 de septiembre de 2017 al cumplimiento de los 62 años de edad y al contar para esa calenda con 1.984.86 semanas, sumando las del cálculo actuarial, y en cuantía de \$ 1.510.013,76, luego de liquidar el IBL de los últimos 10 años y aplicarle el 80% como tasa de reemplazo de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993.

Respecto al disfrute pensional, consideró que debía serlo desde el día siguiente a la última cotización reportada, esto es, desde el 1 de enero de 2018, sobre 13 mesadas pensionales. Asimismo, que debe indexarse el retroactivo generado por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de las siguientes partes procesales:

5.1. DEMANDANTE: Solicitó que se impongan costas a la demandada PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, ya que se opuso a las pretensiones, además que el cambio de criterio jurisprudencial no está contemplado como exoneración de las costas, según el artículo 365 del CGP.

5.2. PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS.: No está de acuerdo con la decisión de instancia, e insiste en que solo hasta el año de 1992 se dio la cobertura por parte del ISS en el lugar donde se prestó los servicios, y fue así como la entidad procedió a afiliarse al actor, pues antes de esa calenda no tenía obligación; que debe tenerse en cuenta la doctrina probable en la que más de 3 sentencias consideran que no existió la obligación de cotizar antes de la cobertura del ISS, y cuando se dio la cobertura el empleador subrogó el riesgo en cabeza de COLPENSIONES. En definitiva, solicita que se revoque la sentencia y se imparta absolución.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Demandante. Solicita que se mantenga la condena impuesta relacionada con el cálculo actuarial y el reconocimiento pensional, dado que en efecto le asiste la obligación al empleador de reconocer el periodo que se dejó de cotizar.

6.2 Colpensiones. Peticiona que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a Colpensiones, debiendo primero acreditar la existencia de la relación laboral con el empleador demandado, para que este responda por el cálculo actuarial.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer: i) ¿PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS debe responder por el cálculo actuarial o título pensional con destino a COLPENSIONES por el tiempo laborado por el actor entre el 21 de mayo de 1979 hasta el 02 de diciembre de 1992? ii) ¿COLPENSIONES está obligada a recibir el cálculo actuarial o título pensional? iii) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento pensional en virtud de lo establecido en la ley 100 de 1993?, y de ser así iv) ¿Hay lugar a la indexación?

AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL EN PENSIONES ANTES DE LA LEY 100 DE 1993

Para los fines de resolver la cuestión litigiosa, no se discute: la existencia de la relación laboral entre el actor y la PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, por el lapso comprendido entre el 21 de mayo de 1979 al 30 de julio de 2006, pues de ello da cuenta la documental de folios 6 a 8, contentivo del contrato de trabajo y liquidación final de prestaciones, e igualmente, la entidad acepta la existencia de la relación laboral en la contestación de la demanda, consistiendo la negativa en el no reconocimiento del cálculo actuarial por parte del empleador al no estar obligado a realizar la afiliación antes del 02 de diciembre de 1992; así mismo, no es objeto de discusión que registra afiliación al otrora ISS, hoy COLPENSIONES desde el 03 de diciembre de 1992, tal como aparece en la historia laboral de folio 44 y 49, en la que acredita 1.278.43 semanas hasta el 31 de diciembre de 2017; que el 12 de septiembre de 2017 solicitó la pensión de vejez, y le fue negada a través de Resolución SUB 207129 del 25 de septiembre de 2017 por no contar con la densidad de semanas para causar la prestación (Fols. 9 a 12).

Para desatar el nudo del debate planteado, lo primero que viene a propósito memorar es que la cobertura del ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte se inició a partir del 01 de enero de 1967, de conformidad con el Acuerdo 224 de 1966, aprobado mediante Decreto 3041 de 1966; sin embargo, la cobertura en el territorio nacional fue de manera progresiva.

Al respecto, en casos como el aquí presente, relacionado con tiempos de servicios prestados al empleador que no fue llamado por el ISS a la afiliación obligatoria, ha establecido nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral, al igual que los casos de omisión de la afiliación, que: *"le ha impuesto la obligación al empleador de reconocer el cálculo actuarial, representado en un bono o título pensional, correspondiente al tiempo de servicio prestado sin cobertura del ISS, con base en el literal c) del artículo 33 original de la Ley 100 de 1993, reiterado en el mismo literal*

c) del artículo 9º de la Ley 797 en comentario". (Sentencia radicación No 32922 de 2009, sentencia SL17300 de 2014, sentencia SL3892 de 2016, radicación No 45209).

Ab initio, cumple resaltar que ciertamente la postura del a quo, en lo relativo a que el empleador PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS debe responder por el cálculo actuarial, resulta ajustada al precedente jurisprudencial que en derredor del tema ha decantado la Corte Suprema de Justicia, entre otras sentencias la de radicado SL15511 de 2017, pues cuando el tiempo reclamado por falta de afiliación o cobertura del otrora ISS no se pueda consolidar el derecho pensional, debe necesariamente el empleador responder y trasladar el cálculo actuarial a favor de COLPENSIONES y, a su vez, esta última, tener en cuenta el tiempo laborado como tiempo cotizado y proceder al reconocimiento pensional.

En sustento de lo anterior, valga traer a colación la sentencia SL197 de 2019, en la que la Corte hace todo un recuento jurisprudencial en lo relacionado con la obligación de los empleadores de asumir el cálculo actuarial aún en los eventos en que no se efectuaron aportes por falta de cobertura del ISS; en esa providencia, concluye la Corte lo siguiente: ***"La aplicación de los anteriores criterios jurisprudenciales para la situación de omisión en estudio, implica que si bien los empleadores de trabajadores que tenían menos de diez años de servicio al momento en el que el ISS asumió el riesgo de vejez, quedaron subrogados de reconocer esa prestación económica, ello no los exime de su responsabilidad pensional por el tiempo en el que no hubo cobertura, y en particular, de contribuir a la financiación de la pensión por el periodo efectivamente laborado por el trabajador, incluso si con ello, el empleado no alcanza a completar la densidad de cotizaciones exigida para la prestación, toda vez que aquel puede seguir cotizando para obtenerla; y si de todas formas no la obtiene, esos recursos son del sistema de seguridad social"***. (Negrilla fuera del texto)

Por lo anterior, se hace necesario tener en cuenta el periodo de tiempo laborado en PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS que no fue cotizado por falta de cobertura del ISS, lo que da lugar a colegir por esta Sala que a la luz de la jurisprudencia citada, con el tiempo de servicios prestados del 21 de mayo de 1979 hasta el 02 de diciembre de 1992, que corresponden a 706.43 semanas, sumadas a las 1.278.43 semanas que acredita en COLPENSIONES, arrojaría un total de 1.984.86 semanas en toda su vida laboral, que le permitiría al actor, consolidar su derecho pensional bajo los postulados de la ley 100 de 1993, aunado a que el número de semanas posteriores a las mínimas incrementan la tasa de reemplazo, como seguidamente se entrará a analizar.

En efecto, como quiera que no se cuenta con los salarios devengados por el actor en el lapso que se ordenó el cálculo actuarial, debe PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS remitir a COLPENSIONES dicha información, para que esta entidad procesa a liquidar el cálculo actuarial, para el posterior pago a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, y por ende, se confirmará la decisión de instancia en este aspecto.

Reconocimiento pensional

Ahora, colige la Sala que el demandante no es beneficiario del régimen de transición del artículo 36 de la ley 100 de 1993, pues al 01 de abril de 1994, no contaba con 40 años de edad, ya que acreditaba 39 años, por haber nacido el 04 de septiembre de 1955 (fol. 5), así como tampoco contaba con más de 15 años de servicios cotizados, en la medida en que incluso con las semanas del cálculo actuarial solo acredita

aproximadamente 706 semanas, además la edad mínima de 60 años, los acredita el 04 de septiembre de 2015, y por lo tanto, ni de asomó puede estudiarse el régimen de transición, debiendo estudiarse la prestación con la ley 100 de 1993.

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

i) Edad

El demandante cumplió el requisito de la edad, como quiera que cumplió los 62 años el 04 de septiembre del 2017, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1955, como da cuenta la copia de la cedula de ciudadanía de folio 5.

ii) Semanas

Una vez revisada la historia laboral expedida por Colpensiones se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.278.43 semanas, según el reporte hasta el 31 de diciembre de 2017 (Fol. 49), más las semanas del cálculo actuarial (706.43), logra acrecentar un total de 1.984.86 semanas en toda su vida laboral. Por tanto, no queda duda que causó la prestación el 04 de septiembre de 2017, fecha de cumplimiento de la edad mínima exigida.

(iii) Ingreso base de liquidación

Respecto del ingreso base de liquidación, debe observarse el procedimiento contemplado en el artículo 21 de la ley 100 de 1993, esto es, calcularlo con el promedio de las cotizaciones de los últimos 10 años o de toda la vida laboral, el que le resulte más favorable, por tener el actor más de 1250 semanas de cotización, al que luego debe aplicarse la fórmula contemplada de que trata el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003 para establecer la tasa de reemplazo.

Así las cosas, en vista que acredita más de 1.250 semanas, habría lugar a realizar el cálculo del IBL de toda la vida y los últimos 10 años; no obstante, el a quo procedió a realizar el cálculo del IBL de los últimos 10 años al no contar con la información de los salarios devengados en el lapso del cálculo actuarial, aspecto que no fue objeto de disenso por la parte actora, por lo que se verificará por la Sala el IBL de los últimos 10 años con base en la historia laboral más actualizada, obrante en el expediente (Fol. 44 a 50), según anexo que se glosa a la sentencia, obteniéndose la suma de **\$1.887.649.47**, suma superior a la que llegó el juzgador primigenio, que lo fue de **\$1.887.517.20**; sin embargo, considera la Sala que al no ser objeto de disenso por la parte actora, y al revisarse la decisión en el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, habrá de tenerse en cuenta para los efectos siguientes el IBL que justipreció el juez primigenio de \$1.887.517.20.

(iv) Tasa de reemplazo artículo 34 ley 100 de 1993

De acuerdo con lo anterior, debemos remitirnos a lo dispuesto en el art. 34 de la ley 100 de 1993, que fuera modificado por el artículo 10 de la Ley 797 de 2003, precepto normativo del que podemos extraer que, para la determinación de la tasa de reemplazo, se debe tener en cuenta la formula allí plasmada:

$$r = 65.50 - 0.50 s,$$

Donde **r** corresponde a la tasa de reemplazo, **S** equivale al ingreso base de liquidación, dividido por el valor de salario mínimo legal mensual vigente para la fecha de reconocimiento de la pensión de vejez, esto es el año 2017, que equivale a \$737.717.

De acuerdo con lo expuesto, tenemos entonces que para hallar **S** es necesario efectuar la siguiente operación:

$$s = \text{IBL/SMLMV}$$
$$s = \$1.887.517,20 / \$737.717$$

Así las cosas, tenemos que el valor de S equivale a 2,55.

Establecido lo anterior, continuamos con el desarrollo de la formula señalada en la norma en cita ($r = 65.50 - 0.50 s$), para lo cual debemos en primer lugar, tomar el resultado de S: 2,55 y multiplicarlo por 0.5 y, en segundo lugar, procederemos a reemplazar la formula.

$$2,55 \times 0.5 = 1.275$$

$$r = 65.50 - 1.275$$
$$r = 65.50 - 1.275$$
$$r = 64.22$$

Ahora bien, contempla el norma objeto de estudio que a partir del año 2005, por cada cincuenta (50) semanas adicionales a las mínimas requeridas, el porcentaje se incrementará en un 1.5% del ingreso base de liquidación, llegando a un monto máximo de pensión entre el 80 y el 70.5% de dicho ingreso, en forma decreciente en función del nivel de ingresos de cotización, sin que en ningún caso el valor total de la pensión pueda ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación, ni inferior a la pensión mínima.

Conforme la historia laboral de cotizaciones (fls. 44 a 50) y el cálculo actuarial, el señor Luis Francisco Sierra Mendoza acreditó durante toda su vida laboral un total de 13.894 días laborados, que corresponden a 1.984.86 semanas válidamente cotizadas.

Tenemos entonces que el mínimo de semanas requeridas a los que alude la norma en cita corresponde a 1.300, por ende, el demandante cuenta con 684,86 semanas adicionales, es decir que le corresponde un porcentaje adicional de 1.5% del ingreso base de liquidación en relación a cada 50 semanas adicionales.

Por lo planteado precedentemente, válidamente podemos efectuar la siguiente formulación:

Semanas adicionales = $(1.984,86 - 1300 = 684.86 \quad 684.86/50 = 13.69 \times 1.5\% = 20.54 \%)$.

En consecuencia, se tiene que el actor cuenta con 684.86 semanas adicionales de cotización, esto es, 13.69 puntos sobre los cuales aplicar el 1.5% de porcentaje adicional, para un total de 20.54% de incremento sobre el porcentaje atrás calculado.

Efectuada entonces la sumatoria de r (64.22) más el porcentaje resultante de las semanas adicionales (20.54%), tenemos una tasa de reemplazo equivalente a 84.76%, sin embargo, de acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del art. 34 de la ley 100, con su respectiva modificación, en ningún caso el valor de la pensión no podrá ser superior al ochenta (80%) del ingreso base de liquidación.

Adicionalmente, se debe resaltar que sobre la manera de liquidar la prestación de vejez bajo los parámetros expuestos en el art. 34 de la Ley 100 de 1993, modificado por el art. 10 de la Ley 797 de 2003, nuestra Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral, entre otras, en la sentencia SL3785 de 2019, enseñó cómo se debe proceder a efectuar el cálculo de tasa de reemplazo, así:

“En consecuencia, al aplicar dicha fórmula, teniendo en cuenta el IBL calculado por el ISS en \$4.246.969, dividido en el salario mínimo mensual vigente para el año 2009, correspondiente a \$497.000, el número de salarios mínimos asciende a 8.54, el que multiplicado por 0.50, arroja un valor de 4.27, guarismo que restado al 65.50%, da igual a un porcentaje del 61.23%. Luego, al contar la actora con 1.561 semanas, se deduce que 411 son adicionales a las 1.150 que consolidaron su derecho pensional para ese año, por lo que al aplicar el 1.5% a cada 50 semanas posteriores, se obtienen 12 puntos que incrementan el porcentaje calculado, para un total del 73.23%, el cual evidentemente también es menor al 78% reconocido por la entidad convocada a juicio”

En ese orden, al aplicar el 80% como tasa de reemplazo sobre el IBL de **\$1.887.517.20**, nos arroja una mesada inicial para el 2017 de **\$1.510.013,76**.

v) Disfrute pensional

Respecto al disfrute pensional establece el artículo 13 del Acuerdo 049 de 1990, que la pensión se reconocerá a solicitud del interesado previo cumplimiento de los requisitos mínimos para optar a ella, pero será necesaria su desafiliación al régimen para que se pueda entrar a su disfrute.

La historia laboral de cotizaciones de la parte actora (fols. 44 a 50) da cuenta de que el periodo de diciembre de 2017 fue su última cotización al sistema de seguridad social en pensiones, razón por la cual, el disfrute pensional corresponde al 1 de enero de 2018; no obstante, como se propuso la excepción de prescripción, debe estudiarse la misma, deduciendo de entrada que no hay lugar a la prosperidad de la misma, ya que la demanda fue interpuesta en esa misma calenda, esto es, el 14 de diciembre de 2017.

Así las cosas, con arreglo al artículo 283 del CGP la condena se extenderá hasta la fecha de la sentencia de segunda instancia, debiendo determinar la Sala modificar este aspecto en la presente la decisión. Ello así, realizadas las operaciones matemáticas por las mesadas causadas entre el 01 de enero de 2018 y el 31 de enero de 2022, se obtiene por concepto de retroactivo pensional un valor de **\$87.442.767**. A partir del 01 de febrero de 2022, COLPENSIONES reconocerá una

mesada pensional de \$ 1.806.514, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, y que se pagará sobre 13 mesadas pensionales, de conformidad con el Acto Legislativo 01 de 2005, por haberse causado la pensión con posterioridad al 31 de julio de 2011.

REAJUSTE PENSIONAL				
Año	IPC	Valor reconocido	# mesadas	Total retroactivo
2017	4,09%	\$ 1.510.014		\$ 0
2018	3,18%	\$ 1.571.773	13	\$ 20.433.053
2019	3,80%	\$ 1.621.756	13	\$ 21.082.824
2020	1,61%	\$ 1.683.382	13	\$ 21.883.972
2021	5,62%	\$ 1.710.485	13	\$ 22.236.304
2022		\$ 1.806.614	1	\$ 1.806.614
			TOTAL	\$ 87.442.767

Se confirmará la sentencia de primera instancia, en cuanto autorizó a COLPENSIONES para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal debe hacerse con destino al sistema de seguridad social en salud, de conformidad con los lineamientos trazados por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia.

INDEXACIÓN

Se impartirá condena por indexación, siguiendo el nuevo criterio fijado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL359-2021, con la que recogió la tesis según la cual la corrección monetaria únicamente procedía a petición de parte, para en su lugar, sostener que “el juez tiene la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa”, en lo que al punto concluye:

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

Por tanto, como en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, deberá Colpensiones cancelar las sumas de dinero ordenadas por concepto de retroactivo pensional debidamente indexadas a partir de su causación y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Finalmente, en lo atinente a que el reconocimiento pensional quede supeditado al pago del cálculo actuarial por parte del empleador, importa acotar por la Sala que, si bien en aplicación a lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, literal e): “En los casos previstos en los literales b), c), d) y e), el cómputo será procedente siempre y cuando el empleador o la caja, según el caso, trasladen, con base en el cálculo actuarial, la suma correspondiente del trabajador que se afilie, a satisfacción

de la entidad administradora, el cual estará representado por un bono o título pensional”, lo cierto es que, de conformidad con el artículo 2º del CGP, se debe garantizar la tutela jurisdiccional efectiva de los derechos de quien reclama su reconocimiento en la instancia judicial, y por ello, dejar condicionado el reconocimiento pensional hasta que el empleador reconozca el cálculo actuarial, sería tanto como desconocer el derecho a la seguridad social y el disfrute efectivo de la prestación económica luego de haber cumplido con creces la densidad cotizacional, además una vez declarada la obligación a cargo del empleador que debe responder por el cálculo actuarial, puede COLPENSIONES ejercer los mecanismos administrativos y/ o judiciales para materializar la orden impartida en la sentencia a cargo del empleador, cuya potestad se encuentra reglada en el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, a través de la persecución coactiva de su cobro.

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificación de la sentencia de primer grado en lo relacionado con el retroactivo pensional, impartándose confirmación de la sentencia en lo demás.

COSTAS

Costas a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y a favor del demandante por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se revoca la absolución de costas a PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS, ya que en efecto presentó férrea oposición frente a la obligación que le asiste al reconocimiento del cálculo actuarial, y por ende, de conformidad con el artículo 365 del CGP, numeral 1º hay lugar a su imposición, confirmándose la absolución de costas frente a COLPENSIONES.

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.: MODIFICAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia proferida el 13 de septiembre de 2018 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

"SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar al señor *LUIS FRANCISCO SIERRA MENDOZA* la pensión de vejez y la suma de **\$87.442.767**, por concepto de mesadas pensionales causadas entre el 01 de enero de 2018 y el 31 de enero de 2022, incluida la mesada adicional de diciembre de cada año. A partir del 01 de febrero de 2022, COLPENSIONES seguirá reconociendo al demandante una mesada pensional equivalente a **\$1.806.614**, junto con la mesada adicional de diciembre de cada año, la cual se incrementará anualmente conforme lo dispone el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, autorizando a COLPENSIONES a realizar los descuentos dirigidos al sistema de seguridad social en salud.

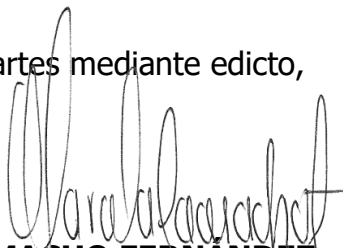
PARÁGRAFO PRIMERO: ORDENAR la INDEXACIÓN de cada una de las mesadas que componen el retroactivo aquí ordenado y las que se sigan causando, indexación que debe hacerse teniendo en cuenta como IPC inicial

el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior en que se efectuó su pago”.

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

TERCERO: COSTAS a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y a favor del demandante. Las de primera se revocan en las que tiene que ver con PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS. Tásense.

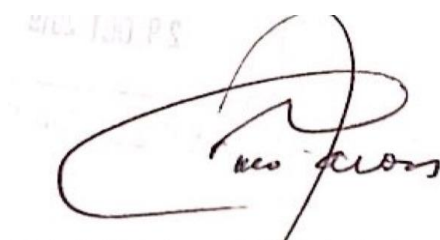
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

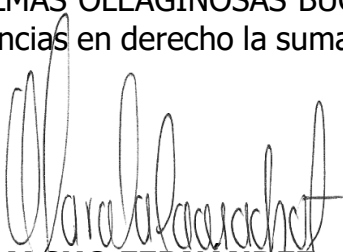


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia a cargo de PALMAS OLEAGINOSAS BUCARELIA SAS y a favor del demandante, fijándose como agencias en derecho la suma de \$ 1.000.000, correspondiente a UN SMLMV.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

CALCULO IBL 10 AÑOS
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - SALA LABORAL

F. INICIAL	1-ene-67	TOTAL DIAS	3600
F. FINAL	31-dic-21		

DESDE	HASTA	IBC O SALARIO	No. DIAS	SALARIO INDEXADO	PROMEDIO	AÑO FINAL	INDICE IPC FINAL	AÑO INICIAL	INDICE IPC INICIAL
1-ene-67	31-ene-67					2016	93,11	1966	0,09
1-ene-08	31-ene-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-feb-08	29-feb-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-mar-08	31-mar-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-abr-08	30-abr-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-may-08	31-may-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-jun-08	30-jun-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-jul-08	31-jul-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-ago-08	31-ago-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-sep-08	30-sep-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-oct-08	31-oct-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-nov-08	30-nov-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-dic-08	31-dic-08	\$ 1.314.000	30	\$ 1.887.431	\$ 15.729	2016	93,11	2007	64,82
1-ene-09	31-ene-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-feb-09	28-feb-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-mar-09	31-mar-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80

1-abr-09	30-abr-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-may-09	31-may-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-jun-09	30-jun-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-jul-09	31-jul-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-ago-09	31-ago-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-sep-09	30-sep-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-oct-09	31-oct-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-nov-09	30-nov-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-dic-09	31-dic-09	\$ 1.415.000	30	\$ 1.887.636	\$ 15.730	2016	93,11	2008	69,80
1-ene-10	31-ene-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-feb-10	28-feb-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-mar-10	31-mar-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-abr-10	30-abr-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-may-10	31-may-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-jun-10	30-jun-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-jul-10	31-jul-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-ago-10	31-ago-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-sep-10	30-sep-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-oct-10	31-oct-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-nov-10	30-nov-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20
1-dic-10	31-dic-10	\$ 1.443.000	30	\$ 1.887.210	\$ 15.727	2016	93,11	2009	71,20

1-ene-11	31-ene-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-feb-11	28-feb-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-mar-11	31-mar-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-abr-11	30-abr-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-may-11	31-may-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-jun-11	30-jun-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-jul-11	31-jul-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-ago-11	31-ago-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-sep-11	30-sep-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-oct-11	31-oct-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-nov-11	30-nov-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-dic-11	31-dic-11	\$ 1.489.000	30	\$ 1.887.513	\$ 15.729	2016	93,11	2010	73,45
1-ene-12	31-ene-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-feb-12	29-feb-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-mar-12	31-mar-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-abr-12	30-abr-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-may-12	31-may-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-jun-12	30-jun-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-jul-12	31-jul-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-ago-12	31-ago-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-sep-12	30-sep-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19

1-oct-12	31-oct-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-nov-12	30-nov-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-dic-12	31-dic-12	\$ 1.545.000	30	\$ 1.888.123	\$ 15.734	2016	93,11	2011	76,19
1-ene-13	31-ene-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-feb-13	28-feb-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-mar-13	31-mar-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-abr-13	30-abr-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-may-13	31-may-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-jun-13	30-jun-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-jul-13	31-jul-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-ago-13	31-ago-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-sep-13	30-sep-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-oct-13	31-oct-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-nov-13	30-nov-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-dic-13	31-dic-13	\$ 1.582.000	30	\$ 1.887.377	\$ 15.728	2016	93,11	2012	78,05
1-ene-14	31-ene-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-feb-14	28-feb-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-mar-14	31-mar-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-abr-14	30-abr-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-may-14	31-may-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-jun-14	30-jun-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56

1-jul-14	31-jul-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-ago-14	31-ago-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-sep-14	30-sep-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-oct-14	31-oct-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-nov-14	30-nov-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-dic-14	31-dic-14	\$ 1.613.000	30	\$ 1.887.779	\$ 15.731	2016	93,11	2013	79,56
1-ene-15	31-ene-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-feb-15	28-feb-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-mar-15	31-mar-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-abr-15	30-abr-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-may-15	31-may-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-jun-15	30-jun-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-jul-15	31-jul-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-ago-15	31-ago-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-sep-15	30-sep-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-oct-15	31-oct-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-nov-15	30-nov-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-dic-15	31-dic-15	\$ 1.672.000	30	\$ 1.887.781	\$ 15.732	2016	93,11	2014	82,47
1-ene-16	31-ene-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-feb-16	29-feb-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-mar-16	31-mar-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05

1-abr-16	30-abr-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-may-16	31-may-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-jun-16	30-jun-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-jul-16	31-jul-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-ago-16	31-ago-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-sep-16	30-sep-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-oct-16	31-oct-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-nov-16	30-nov-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-dic-16	31-dic-16	\$ 1.785.000	30	\$ 1.887.591	\$ 15.730	2016	93,11	2015	88,05
1-ene-17	31-ene-17	\$ 1.888.000	30	\$ 1.888.000	\$ 15.733	2016	93,11	2016	93,11
1-feb-17	28-feb-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-mar-17	31-mar-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-abr-17	30-abr-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-may-17	31-may-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-jun-17	30-jun-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-jul-17	31-jul-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-ago-17	31-ago-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-sep-17	30-sep-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-oct-17	31-oct-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-nov-17	30-nov-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11
1-dic-17	31-dic-17	\$ 1.888.058	30	\$ 1.888.058	\$ 15.734	2016	93,11	2016	93,11

TOTAL DIAS	3600
	514,2
TOTAL SEMANAS	9

INGRESO BASE DE LIQUIDACIÓN	\$ 1.887.649,47
SEMANAS COTIZADAS	514
PENSION A RECONOCER	\$ 0,00
PORCENTAJE APLICADO	0%
PENSION RECONOCIDA	0
DIFERENCIA	\$ 0,00



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: **ORDINARIO LABORAL**
DEMANDANTE: **JOSE GIRAUD LUGO BUENDIA y OTROS**
DEMANDADO: **COLPENSIONES**
RADICACIÓN: **110013105-039-2019-00572-01**
ASUNTO: **APELACIÓN Y CONSULTA**
TEMA: **RETROACTIVO PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. DIANA MILENA ROMERO VELA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Los señores José Giraud Lugo Buendía, María Eugenia Lugo Buendía, Jaime Buendía, Flavio José Lugo Buendía, José Franklin Lugo Buendía, Fredy Lugo Buendía, Elvia María Lugo de Pedraza, Nelly Lugo, Diana Marcela Romero Lugo, y Carlos José Romero Lugo, actuando como herederos de la causante Delia Buendía de Lugo, a través de mandatario judicial instauraron demanda laboral contra COLPENSIONES, con el fin que se ordene el reconocimiento y pago de \$99.731.545, por concepto de mesadas pensionales causadas en favor de su difunta madre y abuela Delia Lugo de Buendía, tal como quedó establecido en la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011, los intereses moratorios o subsidiariamente la indexación, y las cosas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que el señor Henry Eliot Lugo Buendía, falleció el 13 de noviembre de 2008, y con ocasión a su fallecimiento la señora Delia Buendía de Lugo, solicitó el 19 de noviembre de 2009 al ISS, hoy Colpensiones el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes; que Delia Buendía de Lugo falleció el 30 de agosto de 2010; que el ISS a través de resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011 reconoció la pensión de sobrevivientes a Delia Buendía de Lugo, generándole un retroactivo por valor de \$99.731.545, y dejando en

suspenso su pago hasta tanto se acredite la calidad de herederos por parte de los hijos de Delia Buendía de Lugo; que sobre la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011 se interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación, adjuntando la escritura pública No 2347 del 5 de agosto de 2011 contentiva de la sucesión de la causante Delia Buendía de Lugo, en donde se demuestra la calidad de herederos, los respectivos registros civiles y demás documentos para que les sea reconocido el retroactivo pensional; que desde el 19 de enero de 2012 no se ha desembolsado el retroactivo, ni tampoco se ha resuelto los recursos presentados; que a través de derechos de petición se ha requerido a COLPENSIONES para que se pronuncie de los recursos interpuestos contra la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011, pero no han obtenido respuesta; que COLPENSIONES ha incurrido en mora en el pago de la obligación contenida en la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011. (Fols. 15 a 21)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fols. 118); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de COLPENSIONES.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que, Colpensiones como entidad pública siempre se rige bajo el estricto cumplimiento de la ley, y en el caso concreto, no se trata de demostrar si son herederos, ya que lo que deben demostrar es si los demandantes cumplen con los requisitos de que trata la ley 100 de 1993, artículos 46 y 47, para acceder a la pensión solicitada o los valores que se están solicitando. Como excepciones de mérito rotuló las de prescripción, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos administrativos, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, y la innominada o genérica (Fols. 121 a 127).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de septiembre de 2021, mediante la cual el Juzgado declaró que a los demandantes José Giraud Lugo Buendía, Flavio José Lugo Buendía, María Eugenia Lugo, Diana Marcela Romero Lugo, Carlos José Romero Lugo, Jaime Lugo Buendía, José Franklin Lugo Buendía, Elvia María Lugo, Nelly Lugo, y Fredy Lugo Buendía, les asiste derecho a que COLPENSIONES les reconozca y pague el retroactivo pensional ordenado en la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011, como herederos de la señora DELIA BUENDÍA LUGO; condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a favor de los anteriores herederos la suma de \$99.731.545 por concepto de retroactivo de mesadas pensionales a favor de DELIA BUENDÍA LUGO, suma que deberá distribuirse en partes iguales para cada uno de los demandantes, salvo para Diana Marcela Romero Lugo y Carlos José Romero Lugo, a quienes les corresponde la mitad de la novena parte del valor total; condenó a Colpensiones al pago de los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas a partir del 10 de febrero de 2012 y hasta cuando se verifique el pago de la obligación; declaró no probada las excepciones y condenó en costas a Colpensiones. (fls. 136 a 137 con Cd de Audiencia).

Indicó que el problema jurídico a resolver era la procedencia del reconocimiento del retroactivo pensional de la pensión de sobrevivientes concedida a Delia Buendía Lugo, a favor de los herederos de aquella, tal como el otrora ISS lo requirió en la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011.

Adujo el a quo que, en efecto el otrora ISS, expidió la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011, en la que reconoció un retroactivo por valor de \$ 99.731.545 a favor de Delia Buendía Lugo, y que ante su fallecimiento ocurrido el 30 de agosto de 2010, decidió dejar en suspenso el pago del retroactivo hasta tanto se acredite la calidad de herederos de los hijos, ante lo cual, resultaba ilógico que una vez acreditado tal calidad mediante escritura pública No 2347 del 5 de agosto de 2011 no les hubiera reconocido el retroactivo ordenado por el ISS, hoy Colpensiones; asimismo, consideró que la defensa de Colpensiones, relativa a que los actores debían acreditar la calidad de beneficiarios conforme el artículo 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, es equivocada, ya que una cosa es el derecho pensional y otra el derecho a las mesadas pensionales generadas entre la causación y el fallecimiento del beneficiario, mismas que pueden ser reclamadas por los herederos.

En ese sentido, al haberse acreditado la calidad de herederos por parte de cada uno de los demandantes, ordenó a COLPENSIONES el reconocimiento y pago del retroactivo dejado en suspenso a través de la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011, en partes iguales, salvo para Diana Marcela Romero Lugo y Carlos José Romero Lugo, a quienes les corresponde la mitad de la novena parte del valor total, por actuar en calidad de nietos.

Condenó al pago de los intereses moratorios, precisando que la entidad tenía 15 días para resolver y pagar el retroactivo pensional a sus herederos, de conformidad con la ley 1755 de 2015, además que los intereses moratorios se generan ante el retardo del reconocimiento de la prestación, independientemente de su buena o mala fe. Igualmente, que la omisión del pago por parte del ISS, hoy Colpensiones, no se encuentra dentro de las excepciones para absolver de los intereses, como lo es, los cambios jurisprudenciales, por efecto de interpretación normativa en los eventos de condición más beneficiosa, o que exista controversia de beneficiarios.

Que en el caso concreto se negó el retroactivo de manera injustificada, a pesar de que los demandantes cumplieron con los requisitos, máxime que no dio respuesta a los recursos interpuestos contra la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011, en ese sentido, ordenó los condignos intereses desde el 10 de febrero de 2012 y hasta cuando se verifique el pago de la obligación.

Sobre la prescripción, la declaró no probada, en la medida en que desde el 19 de enero de 2012 se presentó el recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011, pero los mismos no fueron resueltos, operando en ese sentido la suspensión de la prescripción, tal como lo ha considerado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencias SL1618-2021 y SL1818-2018. Finalmente, condenó en costas a COLPENSIONES.

5. Impugnación y límites del ad quem. COLPENSIONES solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que conforme la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011, los demandantes no logran acreditar la calidad de herederos, así mismo, que reitera lo manifestado en la contestación de la demanda, referente a que deben acreditar los presupuestos del artículo 46, 47 y 74 de la Ley 100 de 1993; que existen requisitos mínimos en la vía administrativa para el reclamo del retroactivo, pero que los demandantes no cumplieron; que la decisión de Colpensiones en negar el retroactivo no fue caprichosa; que respecto de los intereses moratorios, los mismos no se causan, ya que operan frente a la mora en el pago de mesadas reconocidas, y no frente a un retroactivo.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones. Solicita que se revoque la decisión de instancia y en su lugar se absuelva de las pretensiones, con basamento en que debían los actores acreditar la calidad de beneficiarios de conformidad con lo establecido en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993; de manera subsidiaria solicita se revise la prescripción y la improcedencia de los intereses moratorios.

6.2 Demandante. Solicita que se confirme la sentencia de primer grado, ya que los actores acreditaron la calidad de herederos, asistiéndole total derecho al retroactivo ordenado por el a quo, junto con los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Los **problemas jurídicos** que centran la atención de la Sala consisten en establecer:

(i) ¿Le asiste derecho a la parte demandante en calidad de herederos a que Colpensiones le reconozca y pague el retroactivo de la pensión de sobrevivientes reconocida a la señora Delia Buendía de Lugo a través de la resolución No 45273 del 28 de noviembre de 2011?, en caso afirmativo (ii) ¿Hay lugar a los intereses moratorios?

Retroactivo pensional a favor de herederos

No es objeto de controversia que a la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d), quien falleció el 30 de agosto de 2010 (Fol. 102) le fue reconocida la pensión de sobrevivientes de conformidad con la Resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011 (fols. 13 a 15). Tampoco se encuentra en discusión que Colpensiones en la citada resolución reconoció un retroactivo por valor de \$99.731.545, el cual dejó en suspenso el ingreso a nómina hasta tanto se acredite la calidad de herederos por parte de los hijos de la señora Delia Buendía de Lugo; igualmente, se encuentra fuera de discusión que el 19 de enero de 2019 se presentó recurso de reposición y en subsidio apelación contra la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011 (Fols. 25 29).

Así las cosas, el debate se centra en establecer si les asiste derecho a los actores en calidad de herederos, que COLPENSIONES les reconozca y pague el retroactivo generado en la Resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011.

En el contexto anterior, cumple resaltar la Sala de entrada, que es equivocada la postura de Colpensiones atinente a que los demandantes deben acreditar los presupuestos de que trata los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, pues confunde la calidad de beneficiarios de la prestación, con la calidad de herederos de quienes ante el fallecimiento del titular del derecho pueden percibir las mesadas pensionales causadas hasta el fallecimiento de quien ostenta el derecho pensional, y así lo ha

aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras en la STL13758-2014, reiterada en la STL4746-2021, en la que dijo:

"por cuanto una cosa es el derecho pensional como tal y otra el derecho a las mesadas pensionales causadas por este concepto entre la fecha de estructuración y la data de la muerte del causante, pues estas últimas si formarían parte de la masa sucesoral del causante".

Igualmente, en las citadas providencias se expresó:

«e[ra] factible demandar por los beneficiarios del causante las prestaciones económicas y demás retroactivos pensionales dejadas de pagar al propio causante, en calidad de beneficiario de este, empero bajo el supuesto de hecho que aquellas, las prestaciones, vienen a acrecentar la masa sucesoral y no puede reconocerse individualmente a la demandante por tratarse de un asunto ajeno a la jurisdicción laboral.

Y, respecto a la calidad de heredero en esta clase de procesos, hizo alusión a la sentencia CSJ SC5676-2018 de la Sala de Casación Civil, de la Corte Suprema de Justicia, en la que asentó:

[...] la calidad de heredero se demuestra con "copia, debidamente registrada, del testamento correspondiente si su vocación es testamentaria, o bien con copia de las respectivas actas del estado civil o eclesiásticas, según el caso", o con "copia del auto en que se haya hecho tal reconocimiento dentro del juicio de sucesión respectivo" (CXXXVI, pp. 178 y 179) [...].

Conforme con lo anterior, acota la Sala que por regla general, cuando quien demanda es alguno de los herederos o sus herederos el respectivo pago de sumas de dinero adeudadas al titular de la prestación, en este caso un retroactivo pensional, lo procedente es ordenar el pago a favor de la masa sucesoral del causante; no obstante, en el presente asunto, no podría darse tal solución jurídica, ya que precisamente el otrora ISS, hoy Colpensiones mediante la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011, reconoció la pensión de sobrevivientes a favor de la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d), quien falleció el 30 de agosto de 2010 (Fol. 102), y dejó en suspenso el reconocimiento del retroactivo hasta tanto se acredite la calidad de herederos por parte de los hijos, lo que en efecto aconteció al interponer el recurso de reposición y en subsidio apelación por parte de los aquí demandantes, pues anexaron copia de la Escritura Pública No 2347 del 5 de agosto de 2011, en la que se hizo liquidación notarial de herencia de la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d), y expresamente se reconoce en su numeral primero a los aquí demandantes como únicos herederos en calidad de hijos y nietos de la causante (Fol. 30 a 54), por lo que el otrora ISS, hoy COLPENSIONES, debía proceder una vez le fueron allegados tales documentales, junto con los registro civiles de nacimiento, a cumplir lo ordenado en su mismo acto administrativo, o en el evento de no acreditar algún requisito adicional, requerir para que lo alleguen, pero nada de eso aconteció, ya que no se dio respuesta a los recursos de la vía gubernativa interpuestos.

Así las cosas, razón le asiste a la a quo en haber ordenado que el retroactivo causado a favor de la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d), le sea cancelado a los aquí demandantes en calidad de herederos, no solo por haber acreditado tal calidad, sino también, porque ya se hizo la sucesión, y mal podría ordenarse que el retroactivo

vaya a la masa sucesoral y se deba iniciar un nuevo proceso de sucesión solo por el retroactivo causado a favor de la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d).

INTERESES MORATORIOS

Al respecto, valga traer a colación la doctrina constitucional replicada por la H. Corte Constitucional en múltiples sentencias de tutela y unificadas, como en la sentencia SU-230 de 2015, en la que reiteró la posición vertida en la Sentencia C-601 de 2000 y más recientemente en la sentencia SU-065 de 2018, que coincide con la sentada ahora por nuestra Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL1681-2020, según las cuales los intereses moratorios previstos en el art. 141 de la ley 100 de 199 se causan por el solo hecho de la cancelación tardía de las mesadas pensionales, en aplicación del artículo 53 Superior, y son aplicables a **todo tipo de pensión** reconocida en virtud de un **mandato legal, convencional o particular**. Inclusive, con independencia de que su derecho haya sido reconocido con fundamento en la **Ley 100 de 1993 o una ley o régimen anterior**.

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

Descendiendo al caso objeto de estudio, debe ponderarse que la pretensión del presente proceso se dirige al cobro de un retroactivo de la cual era titular la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d), y que ante su fallecimiento le corresponde a quienes acreditaron la calidad de herederos, razón por la cual, no es procedente los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, ya que los mismos operan ante la tardanza en el reconocimiento de las mesadas pensionales a sus titulares, es decir, a quien goza la calidad de pensionado, y no a sus beneficiarios o herederos como acontece en el presente asunto.

Igualmente, debe decirse, que aquí no se discute la tardanza en el reconocimiento pensional que hizo el ISS, hoy Colpensiones a favor de la señora DELIA BUENDÍA DE LUGO (q.e.p.d), a través de la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011, evento en el que a lo sumo de encontrar mora en el pago de la pensión de sobrevivientes, correría solo hasta el fallecimiento de la titular, razón por la que, resulta improcedente la condena por intereses moratorios a favor de los beneficiarios o herederos en la tardanza del pago del retroactivo pensional con posterioridad al fallecimiento de quien era su titular.

Así las cosas, habrá de revocarse la condena por intereses moratorios; no obstante, como se pretendió de manera subsidiaria la indexación, considera la Sala que se impartirá condena por indexación teniendo en cuenta que, en el sub examine el monto de la condena infligida se ve menguado por el hecho notorio de la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, por lo que, deberá Colpensiones el retroactivo pensional aquí ordenado debidamente indexada, actualización que opera desde el reconocimiento del retroactivo realizado a través de la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011 y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la

fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, como lo enseña de manera iterativa en sus fallos.

Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción, debe tenerse en cuenta que el retroactivo a favor de los herederos se hizo exigible a partir de la notificación de la resolución por medio del cual se reconoce el mismo, de donde se sigue que en vista de que la Resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011 fue notificada el 12 de enero de 2012 (fl. 24 vuelto), contando a partir de esa fecha con 3 años para interrumpir la prescripción o acudir a la jurisdicción laboral; empero, como quiera que en término hábil interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación el 19 de enero de 2012 (fls. 25 a 29), sin que obre respuesta o manifestación por el ISS, hoy Colpensiones hasta la fecha de presentación de la demanda (29/08/2019- Fol. 113), no hay lugar a declarar próspero tal medio exceptivo, toda vez que, el término de prescripción queda suspendido hasta que se resuelvan los recursos interpuestos por el accionante contra la resolución, como así lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de Rad. 37215 del 7 de febrero de 2012 y reiterada en SL14847 – 2014 con Rad. 45677, en la que asienta: **"si el interesado, en caso de pronunciamiento, opta por recurrirlo, no puede afirmarse que la prescripción, como uno de los modos de extinguir las obligaciones, ha seguido su curso normal, pues de acuerdo con el mandato legal, el efecto no es otro que el de su suspensión"** (Cursiva y negrilla fuera de texto).

Igualmente, debe decirse que en esta materia no aplica el silencio administrativo positivo, y así lo ha pregonado la Corte Constitucional en sentencia C- 792 de 2006 al referirse al artículo 6 del CPTSS, en los siguientes términos:

"Esto significa que en los eventos de silencio administrativo negativo, el administrado puede optar por acudir a la jurisdicción o por esperar una respuesta efectiva de la Administración, sin que esta última opción, que es un desarrollo del derecho de petición, pueda acarrearle consecuencias adversas, como sería la de que a partir del momento previsto para la operancia del silencio administrativo se contabilice el término de prescripción o de caducidad de la respectiva acción".

Bajo ese horizonte, para la Sala se impone la modificatoria de la sentencia de primera instancia, conforme lo atrás dicho.

COSTAS

Sin costas en esta instancia por cuanto a pesar de haberse propuesto apelación por COLPENSIONES, la decisión se revisó en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta. 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

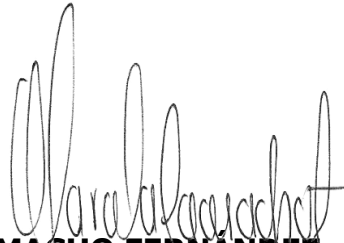
PRIMERO.: MODIFICAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, el cual quedará así:

"TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar la INDEXACIÓN del retroactivo pensional reconocido en la resolución No 045273 del 28 de noviembre de 2011, desde su reconocimiento y hasta la fecha en que se cancele la obligación, utilizando la fórmula establecida para el efecto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia".

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

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

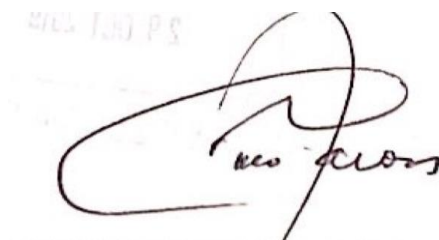
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado



LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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



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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso: ORDINARIO LABORAL
Demandante: HENRY EDUARDO GARAVITO JIMÉNEZ
Demandada: COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A.
Radicado No.: 35-2020-00455-01
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería para actuar a la Dra. SANDRA PATRICIA VARGAS BOADA, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder conferido.

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Henry Eduardo Garavito Jiménez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. con el propósito de que se declare que la AFP incumplió con su deber legal de información al no brindar asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva, comprensible y comparativa. En consecuencia, se condene a la ineficacia de la afiliación realizada a la AFP demandada; a que Colpensiones active su afiliación y se traslade la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual del actor incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a lo que hubiere lugar, gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades; lo que resulte probado ultra y extra petita y costas del proceso.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que inició sus aportes a pensión en el RPMPD a través del ISS, cotizando un total de 577 semanas. Indicó que se encuentra afiliado al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. desde el 23 de agosto de 1994, afiliación que se dio en su lugar de trabajo cuando llegó un representante de dicho fondo para persuadirlo al asegurar que era altamente probable la eventual liquidación del ISS, situación que pondría en peligro las semanas cotizadas al punto de llegar a perderlas. Además, le refirió que con la afiliación a la AFP aseguraría una pensión en mejores condiciones que el ISS.

Afirmó que la AFP no desplegó actividad de asesoramiento responsable y transparente y omitió brindarle información completa y clara sobre los efectos y las consecuencias de su traslado de régimen pensional, así como las características de ambos regímenes; aunado a que para el año 2010 cumplió 51 años y a pesar de ello la AFP no dio cumplimiento a su deber de información, asesoría y buen consejo. (Expediente electrónico, PDF 01 - DEMANDA Y ANEXOS)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 25 - NOTI ANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1 Colpensiones. Contestó la demanda con oposición a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente al actor se le hubiese hecho incurrir en error o que se está en presencia de algún vicio del consentimiento, al punto que no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesto o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del demandante, razón por la cual las documentales se encuentran sujetas a derecho.

Informó que el actor no cumple con los requisitos de la sentencia SU 062 de 2010, tampoco procede el traslado de régimen pensional de conformidad con la ley 797 de 2003. En su defensa propuso las excepciones que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del código civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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 genérica.

(Expediente electrónico, PDF 10- 11001310503520200045500 CONTESTACION)

3.2 AFP Porvenir S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a totalidad de las pretensiones señalando que la vinculación del demandante fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, la cual debe presumirse auténtica. Aseguró que siempre le brindó información clara, precisa, veraz y suficiente y que de haberse presentado alguna irregularidad en el cambio de régimen se catalogaría como una nulidad relativa, misma que es susceptible de ser ratificada de manera expresa o tácita.

Refirió que no se alegan ni se acreditan conductas por parte de la AFP actuaciones dolosas atentatorias contra el derecho de afiliación al sistema de seguridad social y en todo caso no procede la condena de devolución de los gastos de administración de acuerdo con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993; que en el RPMPD se destinan un 3% de cotización a financiar gastos de administración y pensión de invalidez y sobrevivientes y por tanto dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez por ello son sujetos a la prescripción. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica. (Expediente electrónico, PDF 08. CONT PORVENIR

Rad. 2020-00455 HENRY EDUARDO GARAVITO JIMENEZ Y ANEXOS.)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 26 de julio de 2021, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del demandante del RPMPD al RAIS y, en consecuencia, condenó a la AFP Porvenir S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión por los gastos de administración conforme al tiempo que este permaneció afiliado; condenó a Colpensiones a volver a afiliarse al actor al RPMPD y recibir todos los aportes que esta hubiese efectuado al fondo privado. Finalmente, condenó en costas a la AFP Porvenir.

La decisión del juez tuvo sustento en las sentencias 081 de 2021, 145 de 2021, 3066 de 2020, 4934 de 2020, 3676 de 2020, 2251 de 2020, 4161 de 2020, 2884 de 2021 y el artículo 1064 del código civil, señalando que le correspondía a la AFP brindar la información suficiente y veraz para que el potencial afiliado pueda tomar una decisión informada y la que más le sea conveniente. De esta manera dijo que corresponde a las demandadas demostrar si brindó información y que no hubo asimetría al momento de producirse el traslado, no siendo suficiente las leyendas en el formulario ya que solo acredita el consentimiento sin vicios, pero no un consentimiento informado.

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

5.1 Colpensiones: Interpuso recurso de apelación señalando que el traslado efectuado tiene plenamente validez, ya que dentro del interrogatorio de parte no se evidencio ningún vicio del consentimiento o la omisión de información vital. Reiteró que el demandante no es beneficiario del régimen de transición, solicitando que se tenga en cuenta lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 ya que aquel se encuentra dentro de la prohibición legal.

5.2 AFP Porvenir S.A.: En su alzada esgrimió que si bien existe un precedente jurisprudencial este no se debe aplicar de manera objetiva, ya que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto. Refirió que no era obligatorio brindar información al demandante teniendo en cuenta la Circular 1998 emitida por SIF, razón por la cual solo tenía como obligatorio la suscripción del formulario. Aseguró que cumplió con la totalidad de la obligación a su cargo y la permanencia del actor en el RAIS. Además, que el traslado fue una decisión libre, voluntaria e informada que se ha ratificado en el tiempo.

Señaló que no es dable ordenar la devolución de los gastos de administración ya que estos no forman parte integrante de la pensión de vejez y por ello están sujetos a la prescripción; además, que de trasladar esas sumas con destino a Colpensiones se configura un enriquecimiento sin causa. Indicó que debe declararse la prescripción respecto a los gastos de administración, primas de seguros o cualquier otra suma diferente al capital de la cuenta individual del afiliado.

6. Alegatos de conclusión.

6.1. Parte demandante. Indicó que los fondos de pensiones demandados no lograron acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna al demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional.

6.2. AFP Porvenir S.A. Alegó en su favor señalando que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación sea eficaz.

Indicó que si lo que se pretende es declarar la ineficacia que prevé el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, esta norma en forma clara y sin lugar a interpretaciones distintas, establece que cualquier persona natural o jurídica, hubiera realizado actos atentatorios contra el libre derecho de elección del afiliado, se haría acreedor a una multa administrativa impuesta por el Ministerio de Trabajo, y si bien, menciona que quedará sin efecto la afiliación, también lo es que, bajo ninguna circunstancia se refiere si quiera por aproximación a lo dispuesto en los artículos 1740 y ss. conduce a que este acto goce de plena validez.

6.3. Colpensiones. Indicó que el actor no hizo efectivo uno de los derechos que poseen los afiliados, este es, el retracto, el cual le permite al afiliado la posibilidad de dejar sin efecto alguno la elección realizada, tanto de una administradora de cualquiera de los regímenes o de un plan o fondo de pensiones en un término de 5 días hábiles siguientes a la fecha en la cual aquél haya manifestado por escrito la correspondiente selección. Resaltó que no le asiste derecho al actor la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, toda vez, que no cumplió con los presupuestos del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, por tanto, la afiliación al régimen de ahorro individual tiene plena validez, teniendo en cuenta que no se probó la falta del deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Los recursos de apelación interpuestos por las demandadas se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor de Colpensiones en lo que le sea desfavorable.

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico principal:** ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? 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 el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su **ineficacia y no desde la nulidad**, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 ibídem, por tanto, resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto nuestra Corte Suprema de Justicia de manera reiterada desde la sentencia bajo el radicado N.º 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que mantiene actualmente, entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Afiliación, cotización y traslado

Se encuentra demostrado que el señor Henry Eduardo Garavito Jiménez, se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 15 de enero de 1981, realizando cotizaciones hasta el 16 de julio de 1994, conforme aparece en la historia laboral expedida por la citada entidad (Expediente electrónico, PDF 12- GRP-SCH-HL-66554443332211_1908-20210127081847) y que suscribió formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. con fecha del 23 de agosto de 1994 (Expediente electrónico, PDF 08. CONT PORVENIR Rad. 2020-00455 HENRY EDUARDO GARAVITO JIMENEZ Y ANEXOS., pág. 73), entidad a la que se encuentra actualmente afiliada, según 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 y no en el demandante, en primer lugar, porque la omisión en torno al deber de información expuesta en el libelo incoatorio tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P., en segundo lugar, porque la **custodia de la documentación** así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

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

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

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

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

Finalmente, es necesario precisar que en el presente caso no es necesario estudiar si el actor está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidos en la sentencia SU 062 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 la AFP respecto a obtener la declaratoria de saneamiento de la ineficacia generada por la falta de información por el simple paso del tiempo, que conforme lo tiene adoctrinado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1688-2019, el hecho de que el promotor del litigio 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.

Aceptación de aportes y activación de la afiliación

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

Lo anterior, no genera ningún detrimento para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, pues la devolución debe hacerse trasladando los dineros que se encuentren

en la cuenta de ahorro individual de la demandante de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

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

Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adocinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros**. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). Criterio que igualmente es aplicable en tratándose del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima (CSJ SL 2208-2021).

Conforme a ello, no resulta atendible lo afirmado por el apoderado de la AFP Porvenir S.A., pues es claro procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración y comisiones, como acertadamente lo indicó el A quo en sus consideraciones.

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

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandados fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó la información necesaria al demandante al momento en que se efectuó el traslado al ISS, ya que la devolución de los rendimientos, gastos de administración, comisiones, así como el porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima y demás conceptos es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Ahora, teniendo en cuenta que en la parte resolutive del fallo proferido en primera instancia no se condenó a la AFP Porvenir S.A. a transferir a Colpensiones las sumas descontadas por concepto del porcentaje destinado a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se adicionará el fallo apelado en tal sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados, tal como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la CSJ, entre otras, en sentencia SL 3321 del 26 de junio del 2021.

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 la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Colpensiones y, a favor de la parte demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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 26 de julio del 2021, por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **AFP PORVENIR S.A.** devolver a Colpensiones los porcentajes destinados a seguros previsionales, gastos de administración y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima que en su momento descontaron de la cuenta de ahorro individual del actor, ordenando que dichos conceptos, así como los demás ordenados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,


DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada


EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

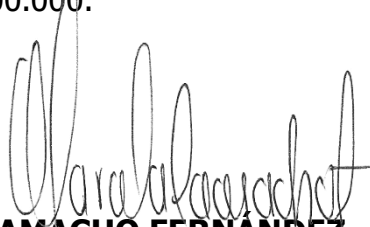


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y 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: OSCAR IVÁN ALDANA ROJAS
Demandado: COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL
Radicado No.: 07-2018-00471-01
Tema: APELACIÓN DE SENTENCIA DEMANDADA – CONFIRMA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero del dos mil veintidós (2022)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Oscar Iván Aldana Rojas, instauró demanda ordinaria contra Comunicación Celular SA Comcel, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, mismo que finalizó por decisión unilateral y sin justa causa del empleador. Como consecuencia de la anterior pretensión de orden declarativo, se dispusiera a su favor el pago de la indemnización prevista en el artículo 64 del CST, sanción moratoria por no haberse cancelado a la terminación del vínculo laboral la citada indemnización por despido sin justa causa y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que con fecha 10 de julio del 2006, entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como consultor de servicio personalizado entre clientes, pactándose como salario la suma de \$2.528.000. Indicó que en septiembre del 2017 fue llamado a diligencia de descargos en atención a tres procedimientos ejecutados en los meses de octubre, noviembre y diciembre del año inmediatamente anterior, acusándolo de omitir validaciones correspondientes a confirmar la titularidad de quienes suscribieron los contratos de ventas No. 220267292 y 223114504; además porque no se adjuntó copia de la cédula de ciudadanía del cliente que suscribió el contrato No. 220948537.

Esgrimió que contrario a lo expuesto por su empleador, efectuó las validaciones previas al proceso de venta, sosteniendo al igual que el proceso cuenta con dos filtros más por parte de funcionarios de la empresa que permiten la verificación de los documentos e información, es decir, el Consultor Backoffice y Data File, quienes en el trámite que se le acusa le dieron visto bueno en la base de datos de usuarios (AC administración de clientes) y no reportaron ninguna falencia en los documentos y contratos entregados por parte de él, indicándose que la gestión fue correcta.

Agregó que hace 6 años le hicieron descargos por un hecho parecido al que se le acusó, sin embargo, pese a que fue sancionado si lo capacitaron respecto de los parámetros para tener en cuenta al validar las cédulas de los clientes, sin embargo, aclaró que no se

efectuó con documentos de identificación reales en los que se pueda evidenciar físicamente la diferencia entre el legal e ilegal. Señaló que en la evaluación que realizó en lo atinente a la capacitación no obtuvo resultados satisfactorios, ya que perdió la citada valoración, no obstante, la encartada mantuvo la vigencia del contrato asumiendo el riesgo.

Finalmente, adujo que la relación laboral terminó el 26 de septiembre del 2017 señalando justa causa para tal decisión, recibiendo la liquidación definitiva del empleador por valor de \$3.388.829. (Cuad.1, fls. 3 a 9).

2. Contestación de la demanda. Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que si bien entre las partes existió un contrato de trabajo que se ejecutó entre el 10 de julio del 2006 y el 26 de septiembre del 2017; no obstante, finalizó con justa causa a él imputable, al configurarse lo establecido en los numerales 2º, 4º, y 6º del literal a) del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965 y los numerales 1º y 5º del artículo 58 del CST.

En lo atinente a los supuestos fácticos del libelo introductor sostuvo que el actor efectivamente fue llamado a diligencia de descargos conforme a los resultados de informe de investigación interna I2350_201707 de fecha julio 28 de 2017, garantizando la posibilidad de estar acompañado. Informó que el actor no cumplió con las validaciones necesarias e inherentes al cargo que desempeñó que se establecen en los procedimientos de verificación de documentos, como lo aceptó en tal diligencia, lo que motivó la terminación del contrato de trabajo con justa causa a él imputable. Propuso como excepciones de fondo las que denominó existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo del demandante, calificación de falta grave por los contratantes, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, mala fe del actor, pago, compensación, enriquecimiento sin justa causa, prescripción y genérica. (Cuad.1, fls. 165 a 192).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 5 de noviembre del año 2019, en la que el fallador declaró que la terminación de la relación laboral entre el demandante y la encartada de fecha 26 de septiembre del 2017 fue de manera injusta y, en tal virtud, condenó a esta última a reconocer y pagar la suma de \$19.819.900 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, así mismo las costas del proceso.

En lo que interesa al recurso de apelación propuesto indicó que del asunto no se hallaba en discusión la existencia del contrato, tampoco su carácter ni sus extremos, ello en atención a que la accionada así lo aceptó y en tal virtud, tuvo como problema a dilucidar si la finalización de la relación laboral se dio por justa causa, o por el contrario lo fue sin justa causa. Así las cosas, para desatar dicha controversia se refirió al material probatorio arrojado al proceso, al igual a lo dispuesto en el artículo 62 del CST, para significar que en la carta de terminación del contrato no se especificó la citación de una causal explícita acompañada con las funciones del actor que estuviere estipulada por escrito, bien sea en su contrato o en un manual de funciones, ni se dejó en la citación de que la falta grave se cometió y si la misma está registrada en el Código de Ética y en el Reglamento Interno de Trabajo.

Refirió que la motivación principal del finiquito del laborío es la inconsistencia en la verificación de datos principalmente el de cédulas de ciudadanía de los titulares de los contratos No. 220167292 y 223114504; inconsistencias que fueron investigadas, y con posterioridad confrontada con el actor mediante diligencia de descargos efectuada el 6

de septiembre de 2017. Sin embargo, acotó que si bien dentro de las funciones del actor debía verificar la compatibilidad de los documentos que se aportan, lo cierto es que aquel era un primer filtro para su verificación, en tanto que existía otros trabajadores a cargo, quienes determinarían en últimas las anomalías en los procesos.

Indicó que, aunque el actor pudo estar capacitado de manera general sobre la verificación de los documentos, empero, su empleador era quien debía adoptar las tecnologías y capacitación del personal encargado de ello, para ejercer un control verídico y efectivo del fraude en la suplantación en este tipo de servicios, de manera que no se le podía endilgar responsabilidad a una sola persona.

Precisó que en el reglamento interno de trabajo se establece en el artículo 58 como faltas graves la de "*violación grave por parte del trabajador de las obligaciones contractuales o reglamentarias*", sin embargo, dicha particularidad no quedó acreditada, por cuanto no se evidencia un manual puntual de funciones donde se especifique que la obligación de la verificación de documentos recae únicamente en el actor, omitiéndose para el despido la escala jerárquica que también tuvo responsabilidad, en tanto que aquellos debían haber detectado el fraude que ocurrió en los contratos precitados. En tal virtud, dijo que debía dar paso a la indemnización por despido sin justa causa, la cual debía ser liquidada conforme al artículo 64 del CST. (Cd a fl. 500, Cuad.1)

4. Impugnación y límites del ad quem.

4.1. Recurso de apelación demandada. Inconforme con la anterior decisión, la encartada formuló recurso de apelación manifestando que se allegó la descripción de perfil del cargo de consultor de servicio personalizado al cliente al plenario, la cual, los descargos dan cuenta que efectivamente el trabajador conocía cuales eran el alcance de sus funciones, máxime cuando el propio actor acentuó que omitió la validación del código de barras, admitiendo, además, que contaba con las herramientas tecnológicas proporcionadas por parte de la compañía para la verificación de los documentos que se le fueron entregados.

Indicó que podía verificar el estado financiero en centrales de riesgo si la persona que estaba al frente coincidía respecto del cliente que estaba solicitando los productos, aunado que para el contrato No. 7292 advirtió aquel que no paso el código de barras de la cédula por el bidimensional, lo que conlleva a las consecuencias de las cuales se expone en el informe de auditoría.

Por otro lado, arguyó que se omitió en la sentencia lo referente al contrato de la cédula que no se allegó y que es fundamental en el trámite de adquisición de un producto de los servicios de comunicación. Explicó que tal como lo dijo la señora Liliana Suarez en su interrogatorio de parte el Backoffice y Data File lo que permite al consultor de servicios es validar si el cliente es o no es la persona que está solicitando el producto, por manera que quien debe solicitar la cédula es el actor, para efectos de autorizar el servicio que le están requiriendo. En tal medida, sostuvo que aquellos no eran filtros como lo pretende hacer valer el trabajador, en tanto que la representante legal indicó que el consultor de servicios es quien debe hacer la validación a través de las herramientas que le entrega la compañía, en busca de mitigar el riesgo, el cual se ve compelido si los trabajadores no acatan las directrices de la empresa. (Cd a fl. 500, Cuad.1)

5. Alegatos de conclusión.

5.1. Alegatos de la parte demandada. Alegó en su favor que el A quo pasó por alto el extenso material probatorio traído al proceso tanto en pruebas documentales como los mismos interrogatorios de las partes, donde se evidencia claramente que el demandante conocía de las funciones de su cargo como consultor de servicio personalizado al cliente y que de manera exclusiva estaba a su cargo realizar la validación de identidad del cliente.

Consideró que no es cierto que las personas que realizan labores de back office o data file deban efectuar validación de identidad, en tanto que sus funciones solamente es verificar que en efecto se reciba la documental que marcó el consultor como recibida en su check list, y en gracia de discusión, no puede el actor justificar su falta de diligencia e incumplimiento en sus funciones aduciendo que incumplimientos de otras áreas, pues aunque ello fuera cierto, de manera alguna justifica su actuar.

Resaltó que la empresa no se encuentra obligada a lo imposible y no puede implementar herramientas tecnológicas que no existen, pues el registro biométrico no estaba al alcance de la Compañía para la fecha de los hechos; además que el demandante si contaba con las herramientas de trabajo necesarias para validar la identidad de los clientes, pasando por alto procedimientos establecidos al interior de la empresa, pese a conocer los mismos y ser consciente de sus obligaciones.

5.2. Alegatos de la parte demandante. Vencido el término concedido en providencia anterior, el actor no presentó alegaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente **problema jurídico**: ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización que pretende, tal como lo coligió el juez de primer grado?

Contrato de trabajo, salario y sus extremos

Para resolver el primer problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones que hizo el juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, tampoco la labor de Consultor Servicio Personalizado a Clientes ejercida por el accionante, ni que aquel devengó para la fecha del finiquito de la relación laboral la suma de \$2.528.000; las citadas conclusiones se corroboran al igual con el contrato de trabajo (Cuad.1, fls. 193 a 196); carta de terminación del contrato de trabajo (Cuad.1, fls. 343 a 346) y liquidación definitiva de empleado (Cuad.1, fls. 348).

Indemnización por despido sin justa causa

Ello significa, que lo que se cuestiona y debe dilucidar esta Sala, es determinar si en efecto debe revocarse la condena respecto del pago de la indemnización contenida en el artículo 64 del CST, pues aduce la apelante que el sentenciador primigenio incurrió en un desatino al pasar por alto que una de las funciones del trabajador era la validación de los documentos que se presentaban por parte del cliente y ejercía el control respectivo para

evitar el fraude, para lo cual contaba con las herramientas tecnológicas, además, por cuanto tenía acceso a las centrales de riesgos para confrontar los datos de cara a la solicitud de venta, máxime cuando el Back Office y Data File no son filtros que impiden la falsificación; lo que permitiría confirmar la justa causa que se invocó en la terminación del contrato de trabajo.

Frente tal discernimiento, es menester señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene definido que en tratándose de discusiones relativas a la legalidad o justeza de la terminación del contrato laboral, al trabajador le corresponde la demostración del despido, en tanto, al empleador le incumbe la carga de probar que para adoptar dicha decisión se ajustó en un todo a los parámetros legales, convencionales o contractuales consagrados para tal efecto y demostró la ocurrencia de los hechos endilgados como soporte de la determinación (SL180-2018, CSJ SL 5523-2016, CSJ SL 15094-2015 y CSJ SL 592-2014)

Adicionalmente, se debe resaltar que con arreglo al párrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST, la parte que termina el contrato de trabajo debe comunicar a la otra al momento de la finalización del vínculo, la causal o motivo de su terminación, sin que posteriormente pueda variarse, para ello, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, pues como ha señalado nuestra Corte Constitucional, la finalidad de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Siendo ello así, a folios 343 a 344 del informativo se encuentra la carta de terminación del contrato de trabajo emitida por la encartada, donde se expone con claridad que realiza la misma de manera unilateral y con justa causa conforme a lo preceptuado en los numerales 2, 4 y 6 del literal A del artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, que subrogó el artículo 62 del CST, concordante con los numerales 1 y 5 del artículo 58 de la misma norma sustantiva. Decisión que obedeció a un presunto incumplimiento de las responsabilidades asignadas a su cargo como Consultor Servicio Personalizado a Clientes, en tanto que omitió, según informe interno del 28 de julio del 2017, el procedimiento de validación de documentos de los contratos núm. 220267292 y 223114504, permitiendo que aquellos se celebrarán con clientes que aportaron cédulas que no coincidían con las reales, además, por cuanto incumplió el trámite de ventas en la medida que no adjuntó la fotocopia del citado documento al contrato núm. 220948537.

Como se observa la demandada comunicó a su trabajador los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con la citación y descargos realizados por la empleadora, además, en la investigación interna que derivó en el Informe del 28 de julio del 2017, pues así se predica de su simple lectura. Al evidenciarse que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle al gestor del litigio las causas y motivos de su decisión, surge para la Sala estudiar si la encartada acreditó que los hechos invocados ocurrieron y si se ajustan a una de las justas causas previstas en la ley; para ello, se examinarán las pruebas aportadas al plenario:

A folios 116 (cuaderno 1º) del expediente obra citación a rendir descargos del 4 de septiembre de 2017, cuyo objeto es escuchar las explicaciones del trabajador frente a la posible responsabilidad disciplinaria en la omisión a las políticas y procedimientos de la compañía, según informe expedido por el área de Protección al Cliente, en que se indicó:

- *“Omitió lo establecido en el proceso de “Validación de documentos” que se encuentra publicado en la Intranet corporativa (“Parámetros de Documentos”), teniendo en cuenta*

que no se realizó validaciones sobre las fotocopias de los documentos de identidad (cédula) de los supuestos titulares, adjuntas en los contratos N°. 220267292 y N°. 223114504 y que garantizan la veracidad de la información contenida en el mismo, como ya se dijo.

- *Incumplió el procedimiento "VENTAS", publicado a la intranet corporativa (Documentación Requerida proceso de ventas), ya que no adjunto fotocopia de identidad (Cédula) para el contrato N° 220948537, por lo tanto no se pudo establecer la veracidad del documento."*

Con tal propósito, a folios 117 a 125 (cuaderno 1º) del cartapacio el actor aportó al plenario el acta de descargos rendido, donde le fue indagado respecto de las situaciones fácticas que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogado sobre los hechos que originaron la presunta irregularidad, sostuvo que sus funciones son las de brindar asesoría en servicio, preventa, venta y posventa en cualquier instancia o requerimiento en el servicio de telecomunicaciones para los usuarios, además, que conoce el Código de Ética y Reglamento Interno de Trabajo y, que sobre tales documentos ha recibido capacitaciones.

Reconoció que la responsabilidad de vinculación de clientes a la empresa y verificación efectiva de los documentos de identidad presentados por estos, son en primera medida su responsabilidad, pues es quien realiza un primer filtro, además, dijo que conoce la intranet corporativa para verificar los procesos de ventas y validaciones, y es consciente de su obligatoriedad. Ahora, en lo que se refiere puntualmente a los hechos informó que realizó los procedimientos para la venta y gestión del contrato, aclarando que sobre el contrato núm. 220267292 hizo las validaciones en la cédula física, confirmó las preguntas de titularidad en la consulta crediticia, confrontó los números, nombres y fecha de expedición, así como la imagen de la persona y huella, pero explicó "*Hay posibilidad de que haya omitido una validación, la verificación de todos los parámetros de la cédula, se procura que sea titular, es importante saber que puede pasar que se haya pasado validar una cédula, en este caso puntual, pueden haber razones de índole humano y laboral respecto de no haberla validado. Respecto a la revisión del lector bidimensional puede que no lo haya pasado por el mismo por exigencias de atención de mi oficina y por hacerlo rápido da lugar que haya omisión en validación (...) en este caso pudo pasar que no se validó el código de barras porque la persona que se acercó pudo ejercer presión en el tiempo y aunque no es razón de no hacer validaciones, esto ocasiona que haya afán de hacer trámites."*

Respecto del contrato núm. 223114504 sostuvo que pasó lo mismo que con el usuario y vinculación señalada anteriormente, reiterando que dado el tiempo que se exige por la empresa para la atención al cliente da lugar a que se puedan presentar errores. Por último, frente al contrato núm. 220267292 aludió a que anexó la cédula de ciudadanía al contrato, por lo que no perdió en su poder el citado documento. Además, que Data File no le reportó el faltante y, por el contrario, le confirmó que el contrato se encontraba en óptimas condiciones.

Agregó a la citada diligencia que el área aducida no le comunicó inconsistencias en el proceso de todas las vinculaciones, por manera que tampoco las devolvió y pese a que reconoció la responsabilidad sobre las pérdidas generadas a la compañía, entendiendo las consecuencias que de ello le podía acarrear, reiteró una vez más que validó la calificación de data crédito y matriz de crédito, por ende, también ratificó que las cédulas no tuviesen bloqueos y que las firmas correspondiera a su grafología, haciendo preguntas necesarias para evidenciar la autenticidad del titular.

Ahora, al plenario se allegaron además las declaraciones de los señores Carlos Julián García Garavito (analista de protección comercial y aseguramiento de ingresos senior) y

Claudia Roció Castro Pedraza (gerente gestión humana para la regional Bogotá), testigos de la parte demandada.

El primero de los citados indicó que conoció al demandante en tanto que desempeñó el mismo cargo para ese entonces, trabajando en la misma sede. Refirió que fue la persona quien realizó la investigación del fraude en la cual se concluyó que el actor dejó de realizar la validación de los documentos en dos de los tres casos, y en uno, no aportó una fotocopia de la cédula de ciudadanía. Agregó que una vez el consultor genera la activación procede a enviar los respectivos documentos a un área que se denomina Soporte de Legalización "Data File", quienes verifican que se encuentren los soportes allegados, pero no validan las inconsistencias que se pueden presentar, pues es deber del actor. Sin embargo, anotó que Data File debía marcar el faltante de la cédula de ciudadanía, remitiendo la alerta al consultor. De otro lado, sostuvo que a los consultores se les brinda capacitación por parte de la compañía y se le entregan las herramientas para efectos de verificación de documentos, además, cuenta con intranet corporativa donde pueden ser observados en cualquier momento.

Por su parte, la señora Claudia Roció Castro Pedraza relató que en julio del 2017 se recibió en el área de Gestión Humana y Relaciones Laborales un informe emitido por la Coordinación de Investigaciones donde se hacía mención de que se había cometido una infracción en los procedimientos que había generado un perjuicio de la empresa, lo cual, sirvió de fundamento para que el actor fuere llamado a diligencia de descargos y posteriormente el motivo para la terminación de su vínculo laboral. Indicó que existe un procedimiento que estableció la compañía para todas las ventas y es la verificación de la cédula, directriz que omitió el demandante. Agregó que existe un área de legalización de contratos, pero desconoció detalladamente sus funciones.

También se escuchó en el diligenciamiento a los señores Ana María Neira Rodríguez (abogada del actor para la fecha de la diligencia de descargos), Anelcy Diony Mendoza de la Hoz (compañera de trabajo del actor) y Fabián Enrique Prieto Ollaga (abogado de relaciones laborales senior), testigos que citó oficiosamente el juzgado de primer grado. La primera de las declarantes indicó que al demandante lo citaron a diligencia de descargos, sin embargo, estando en la diligencia no le permitieron la entrada bajo el argumento de una supuesta confidencialidad. En tanto que la segunda señaló que, no contaban con los medios ni herramientas para verificar las ventas que se hacían dentro de la compañía, ratificando que existían dos filtros, uno de ellos el Back Office que se encargaba de revisar los soportes de las ventas y notificar si se presentaba alguna inconsistencia en ellos. Y el último de aquellos manifestó que no recordaba precisamente el proceso disciplinario que se llevó en contra del actor, aun cuando se le puso de presente citación a descargos, su diligencia y el informe de la investigación que se realizó y motivó el llamado.

En ese sentido, al analizar las declaraciones de los testigos atrás señalados, se observa que refirieron con claridad cuáles eran tareas que debía desempeñar el actor, aduciendo que el señor Oscar Aldana era quien revisaba en primera oportunidad los documentos soporte para la suscripción de los contratos de prestación de servicios, labores que corresponden a lo establecido en la "Descripción del Perfil de Cargo" visible a folios 201 a 204, manual que vale aclarar, no era desconocido para el demandante, pues conforme al interrogatorio practicado afirmó conocerlo y reiteró que dentro de sus funciones estaba la de realizar la revisión de las documentales a fin de lograr una venta efectiva para su empleador.

Ahora, pese a que la parte demandante y los testigos afirmaron coincidentemente su responsabilidad en la revisión de las cédulas de ciudadanía, misma que debía validarse con el bidimensional, lo cual no se hizo, hecho que tampoco el trabajador desconoció, debe también tenerse en cuenta que, al igual como lo coligió el juez de primer grado, dicha labor relacionada con la primera indagación y observación de los documentos puestos en conocimiento del actor para efectos de realizar la venta de los productos era tan solo uno de los filtros con cuenta la encartada para evitar cualquier tipo de fraude, entre ellos, las presuntas suplantaciones que se hicieron en los contratos núm. 220267292 y 223114504 y la carencia de la cédula de ciudadanía respecto del usuario que suscribió el contrato núm. 220948537, pues, contrario a lo dicho en las alegaciones de la parte demandada, quienes en últimas debían validar si los soportes se encontraban acordes con las exigencias para tal fin, lo era el área de Soporte de Legalización "Data File" o Back Office, como al unísono lo informaron los deponentes, debiéndose notificar por aquellos la no veracidad o inconsistencia de la información del documento de identidad que fuera presentado por los suscriptores y el faltante de la cédula, actuación que se pasó por alto y que permitió la comisión de los presuntos delitos.

De esta manera no le era dable a la encartada endilgarle responsabilidad al promotor de la Litis, quien bajo la creencia de que los documentos se encontraban ajustados a las directrices del empleador, en tanto que no le fue notificado lo contrario, permitió finalmente llevar a cabo la celebración de los vínculos contractuales con los presuntos defraudadores.

A lo anterior se suma que, en el plenario no existe prueba de que el trabajador contará con el bidimensional para la revisión de las cédulas de ciudadanía, pues sobre tal aspecto no se allegó ningún medio de convicción, quedándose en solo dicho de la representante legal, el cual, como bien es sabido lejos está de detenerse en cuenta, pues nadie puede elaborar a su favor su propia prueba, para sacar provecho y beneficiarse de ella, por manera que, a propósito del fundamento de la apelación, mal podría afirmarse que lo dicho por la parte que ha sido demandada sea suficiente para socavar la sentencia de primer grado.

En esas condiciones no se equivocó el Juez primigenio al condenar la indemnización del que trata el artículo 64 del C.S.T., como erradamente quiere hacerlo ver la pasiva, por lo que no queda otro camino que confirmar en su integridad la sentencia primigenia.

Costas

En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la demandada y a favor del actor, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de noviembre del 2019, por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia en favor de la parte demandante y a cargo de Comunicación Celular SA Comcel. Las de primera se confirman.

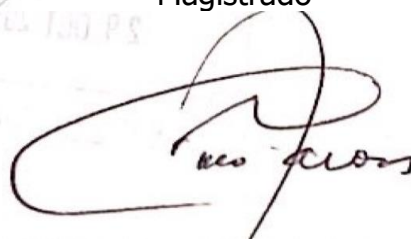
La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada



EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
Magistrado

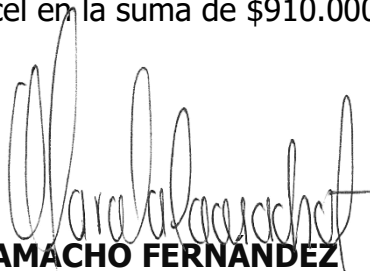


LUÍS ALFREDO BARÓN CORREDOR
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Comunicación Celular SA Comcel en la suma de \$910.000.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada