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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LUZ MARINA ESTUPIÑÁN DE RINCÓN***
DEMANDADO: ***PORVENIR S.A. y OTRO.***
RADICACIÓN: ***110013105-030-2020-00432-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN DEMANDADAS***
TEMA: ***GARANTÍA DE PENSIÓN MÍNIMA RAIS.***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. La señora LUZ MARINA ESTUPIÑÁN DE RINCÓN a través de mandatario judicial instauró demanda laboral con el fin que se condene a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar la pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima a partir del 23 de octubre de 2016, los intereses moratorios, la indexación, lo ultra y extra petita, y los gastos procesales y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló que: nació el 23 de octubre de 1959, contando en la actualidad con 61 años; que para el año 2016 contaba con 1.530 semanas; que el 16 de febrero de 2017 solicitó la pensión de vejez, pero le fue negada por Porvenir S.A.; que por recomendación de Porvenir S.A. solicitó la devolución de saldos para el 12 de julio de 2017, la cual le fue realizada indicándole que debía hacer el trámite de la expedición del bono pensional ante la OBP; que Porvenir S.A. obró de mala fe al no reconocerle la pensión de vejez; que de las semanas reportadas en la historia laboral de Porvenir S.A. en el año 2016, se reflejan 1270 semanas, con lo cual hubiera accedido a la pensión de garantía de pensión mínima; que Porvenir S.A. le informó que el bono pensional estaba retenido por "rechazo- no se puede realizar devolución de saldos debido a que se cotizaron más de 1150 semanas". (Fols. 1 a 7 Exp. Digital)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Fol. 1 a 2 Archivo No 16 Exp. Digital); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1 PORVENIR S.A.: Se opone a todas las pretensiones invocadas en su contra bajo el argumento de que no cumple con los presupuestos para el reconocimiento y pago de la garantía de pensión minina, ya que no bastaba solo con tener las semanas cotizadas y la edad, sino también estar inmerso en la excepción establecida en el artículo 84 de la ley 100 de 1993, esto es, no estar recibiendo pensiones, rentas o remuneraciones superiores a la que corresponda como garantía de pensión mínima; que la demandante era beneficiaria de una pensión de sobrevivientes reconocida por

el ISS, y aún la sigue recibiendo, razón por la cual, se encontraba inmersa en la excepción referida; que el reconocimiento de la garantía de pensión mínima corresponde de manera privativa a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público. Como excepciones de mérito rotuló las de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe de la AFP PORVENIR S.A., prescripción, y la innominada o genérica (Fols. 1 a 15 Archivo No 04 Exp. Digital).

3.2 MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.: Se opuso a las pretensiones de la demanda bajo el argumento de que PORVENIR S.A. no ha elevado ante el ente ministerial solicitud de reconocimiento de garantía de pensión mínima a favor de la demandante, aunado a que le corresponde a la AFP verificar si la demandante cumple los requisitos para optar por la misma; que ante la falta de solicitud por parte de PORVENIR S.A. el Ministerio se encuentra legalmente impedido para establecer si la actora cumple o no los requisitos de la pensión reclamada. Como excepciones de mérito postuló las de buena fe, y la genérica (Fols. 1 a 46 Archivo No 18 Exp. Digital).

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 21 de marzo de 2023, mediante la cual el Juzgado declaró que la señora LUZ MARINA ESTUPIÑÁN DE RINCÓN es beneficiaria del reconocimiento de la garantía de pensión mínima de que trata el artículo 65 de la Ley 100 de 1993; condenó a PORVENIR S.A. a pagar a la demandante la garantía de pensión mínima desde el 1° de febrero de 2017, en cuantía inicial de $737.717, con los aumentos y deducciones de ley, y sobre 13 mesadas anuales; declaró probada la excepción de prescripción del 1 de febrero de 2017 hasta el 02 de diciembre de 2017; condenó a PORVENIR S.A. al pago de $59.656.229 por concepto de retroactivo pensional causado entre el 02 de diciembre de 2017 al 28 de febrero de 2023; condenó a PORVENIR S.A. al pago de los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993 a partir del 17 de agosto de 2017 y hasta que se cumpla con el pago de la obligación; autorizó a PORVENIR S.A. a descontar del retroactivo la suma de $30.049.072 que fueron entregados a la demandante por concepto de devolución de saldos; absolvió al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y condenó en costas a PORVENIR S.A. (fls. 1 a 5, archivo No 20, con audiencia virtual).

Su decisión se basó en que en el régimen de ahorro individual se consagra la garantía de pensión mínima en el artículo 65 de la ley 100 de 1993, el cual establece que tendrán derecho a la misma quienes cumplan 1.150 semanas y la edad de 57 años en el caso de las mujeres; en el caso concreto, conforme la historia laboral de fecha 15 de mayo de 2021, la actora cuenta con 1304 semanas, y los 57 años de edad los acreditó el 23 de octubre de 2016; que la actora solicitó la prestación el 16 de febrero de 2017, siéndole negada en virtud de que se encuentra en la excepción de que trata el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, esto es, que es beneficiaria de una pensión de sobrevivientes reconocida por el ISS, hoy Colpensiones.

Al respecto, consideró que no resultan de recibo los argumentos de la demandada, ya que, pese a contar con toda la información necesaria para el reconocimiento de la garantía de pensión mínima no procedió a realizar su trámite ante la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, y en lo relacionado con que la demandante disfruta de una pensión de sobrevivientes dijo que, de conformidad con lo establecido en la sentencia SL3083-2022, no existe incompatibilidad entre la pensión de sobrevivientes y la pensión de vejez reclamada,

dado que tienen causas diferentes, no amparan el mismo riesgo y su finalidad es disímil.

En ese orden, dio prosperidad al reconocimiento pensional a partir del día siguiente a la última cotización, esto es, 01 de febrero de 2017, en cuantía inicial de UN SMLMV, esto es, $737.717, generando un retroactivo por valor de $59.656.229 por las mesadas del 02 de diciembre de 2017 al 28 de febrero de 2023, con 13 mesadas anuales, por haberse causado la prestación con posterioridad al Acto Legislativo 01 de 2005.

Frente a lo recibido por devolución de saldos por valor de $30.049.072, adujo que, al ordenar el reconocimiento principal se debe restituir el valor recibido como devolución de saldos, ello por sostenibilidad del sistema, y además porque hace parte de la financiación de la garantía de pensión mínima, por lo que, autorizó a PORVENIR S.A. para que deduzca de la mesada o del retroactivo los valores que se otorgaron por devolución de saldos.

En relación con los intereses moratorios, dijo que le era aplicable el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y como quiera que PORVENIR S.A. no adelantó el trámite de reconocimiento pensional, debe asumir las consecuencias. Así las cosas, como tenía la AFP el término de seis meses para reconocer la prestación, siendo que la solicitud es del 16 de febrero de 2017, por lo que, está obligada a pagar los intereses desde el 17 de agosto de 2017, y hasta cuando se pague la obligación, precisando que es improcedente la indexación al haberse reconocido los intereses moratorios.

Finalmente, hizo el estudio de la prescripción, indicando que la solicitud pensional data del 16 de febrero de 2017 y la demanda fue radicada el 02 de diciembre de 2020, es decir, por fuera de los tres años, con lo cual, hay lugar a declarar la prescripción de las mesadas e intereses moratorios causados con anterioridad al 02 de diciembre de 2017.

5. Impugnación y límites del ad quem. Se presentó apelación por parte de **PORVENIR S.A.,** quien solicitó la revocatoria de la sentencia, argumentando que no se inició solicitud ante el Ministerio de Hacienda en la medida en que no se cumplía con los trámites y requisitos previos; que evidentemente la actora no reunía los requisitos del capital necesario, por lo que, se verificaron los requisitos del artículo 64 de la ley 100 de 1993, pero para la época en que se hizo el estudio pensional estaba vigente el artículo 84 de la ley 100 de 1993, mismo que solo fue derogada en el 2019, y como quiera que, para el año 2017 tenía reconocida una pensión de sobrevivencia por parte del ISS, superior al salario mínimo, no reúne los requisitos para el otorgamiento de la garantía de pensión minina y por eso la AFP no inició los trámites ante la OBP, pero lo que sí hizo fue iniciar los trámites del bono pensional para la devolución de saldos, como efectivamente ocurrió y se le reconoció a la actora.

6. Alegatos de conclusión. Porvenir S.A. en la oportunidad legal solicita que se revoque la decisión de instancia, dado que no ha incumplido con el trámite ante la OBP del Ministerio de Hacienda, además que la parte actora no tiene derecho al reconocimiento pensional, mucho menos a los intereses moratorios.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Principio de consonancia. 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.

2. Problemas Jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: **i)** ¿Le asiste derecho a la demandante al reconocimiento de la garantía de pensión mínima del RAIS?, y de ser así ii) ¿Hay lugar a los intereses moratorios?

3. Garantía de pensión mínima- RAIS. La garantía de pensión mínima en el Régimen de Ahorro Individual, se encuentra consagrada en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993, que es del siguiente tenor literal: *"…Los afiliados que a los sesenta y dos (62) años de edad si son hombres y cincuenta y siete (57) si son mujeres, no hayan alcanzado a generar la pensión mínima de que trata el artículo 35 de la presente ley, y hubiesen cotizado por lo menos mil ciento cincuenta semanas (1.150), tendrán derecho a que el Gobierno Nacional, en desarrollo del principio de solidaridad, les complete la parte que haga falta para obtener dicha pensión."*

A su vez el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, consagra la excepción a la garantía aludida, afirmando para el efecto que: *"**Cuando la suma de las pensiones,** rentas y remuneraciones que recibe el afiliado o los beneficiarios, según el caso, sea superior a lo que le correspondería como pensión mínima, **no habrá lugar a la garantía estatal de la pensión mínima**."*

En el artículo 4º del Decreto 832 de 1996, mediante el cual se reglamentó parcialmente la Ley 100 de 1993, se indicó que "…*Corresponde a la Oficina de Obligaciones Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, el reconocimiento de la garantía de pensión mínima, acto que se expedirá con base en la información que suministre la AFP o la aseguradora, entidades a las cuales, de acuerdo con el artículo 83 de la Ley 100 de 1993, les corresponde adelantar los trámites necesarios para que se hagan efectivas las garantías de pensión mínima…."*

Ahora, en cuanto a quién debe pagar la pensión, se tiene que el Artículo 2° del Decreto 142 de 2006 que modificó el inciso 2º del artículo 9° del Decreto 832 de 1996, expresamente define que la AFP "…*iniciará los pagos mensuales de la respectiva pensión con cargo a la cuenta de ahorro individual, previo reconocimiento de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público del derecho a la garantía de pensión mínima, reconocimiento que se efectuará en un plazo no superior a cuatro (4) meses contados a partir del recibo de la solicitud. En estos casos, la AFP informará a la OBP cuando el saldo de la cuenta individual indique que se agotará en un plazo de un año, con el fin de que tome oportunamente las medidas tendientes a disponer los recursos necesarios para continuar el pago con cargo a dicha garantía…."*

De la preceptiva anterior se concluye que en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, la garantía de pensión mínima se reconoce a quienes arriben a la edad mínima exigida y cuenten con 1150 semanas de cotización, siempre que el capital existente en su cuenta de ahorro individual no sea suficiente para financiar su pensión de vejez, estando a cargo de la AFP los trámites pertinentes ante la OBP del Min-Hacienda para el reconocimiento y pago de la misma, así como el pago oportuno

al beneficiario de la prerrogativa con tal capital, el cual se adicionará por el Estado en la debida oportunidad para que los recursos no se agoten y pueda aquel disfrutar de la misma sin demora alguna.

De igual forma, la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral ha delineado que procede el reconocimiento provisional de la garantía de pensión mínima a cargo de la AFP, y con sus propios recursos, en los eventos en que se encuentre un actuar negligente en el trámite del reconocimiento pensional, cuyo sustento normativo es el artículo 21 del Decreto 656 de 1994, veamos: *"En suma, si injustificadamente retarda el trámite de solicitud de garantía ante el ente estatal, surgirá la obligación de asumir el pago de la pensión de vejez de su afiliado y, palmariamente, sin afectar la cuenta de ahorro individual del mismo. Por lo que el funcionario judicial podrá echar mano de esta norma, cuando evidencie que existe un actuar evidentemente displicente que impidió la materialización del derecho".* (SL2686-2021)

Visto lo anterior y descendiendo al caso en estudio, se tiene que la demandante cumplió los 57 años el 23 de octubre de 2016, puesto que nació en el mismo día y mes de 1959 (Fol. 10 Archivo No 02 Exp. Digital). Que solicitó a la AFP PORVENIR S.A. el reconocimiento de la garantía de pensión mínima el 16 de febrero de 2017 (Fol. 23 Archivo No 05 Exp. Digital), pero, no se le dio trámite ante el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, dado que estaba en la excepción de que trata el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, esto es, viene disfrutando de una pensión de sobrevivientes por parte del ISS, hoy COLPENSIONES, por lo que optó por comunicarle a la actora la posibilidad de la devolución de saldos, a lo que accedió la demandante en comunicación del 12 de julio de 2017 (Folio. 61 archivo No 05), y para el 28 de julio del mismo año (Fol. 62 archivo No 05), le fue comunicado que la solicitud de devolución de saldos fue aprobada por un valor de $30.049.094.

Respecto de lo establecido en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, debe primero indicar la sala que tal artículo sí resulta aplicable a la actora, dado que el mismo solo fue derogado a través del artículo 336 de la Ley 1955 de 2019 (SL4252-2021), y para el caso concreto, la solicitud de reconocimiento fue elevada el 16 de febrero de 2017, incuso, durante ese mismo año se hizo la devolución de saldos, razón por la cual, se entrara a estudiar su situación de cara a lo establecido en tal canon normativo.

En la sentencia SL2512-2021, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, hace todo el andamiaje jurídico respecto de la garantía de pensión minina del RAIS, haciendo hincapié en su naturaleza y objetivo, de la cual se puede extraer lo siguiente:

> *"Desde la expedición de la Ley 100 de 1993 se contempló la garantía estatal de pensión mínima, para aquellos afiliados al RAIS, que llegados a las edades máximas, esto es, 57 años mujeres y 62 años hombres, que hubieren cotizado un número mínimo de semanas de 1150, sin capital suficiente para financiar una pensión de vejez, tendrían derecho a que con cargo a la Nación, se les completaran los recursos a efectos de acceder a una pensión de vejez de salario mínimo, como una clara y palpable expresión del postulado de solidaridad. No se olvide que la reforma introducida en la Ley 797 de 2003, estatuyó que un porcentaje del aporte de los afiliados al RAIS, se iría a la constitución de recursos, en aras de completar el capital faltante de los beneficiarios del principio solidario.*

Lo anotado quiere significar, que tal garantía constituye un subsidio, esto es, un beneficio, ya sea en dinero o en especie, para que, a través de este, se satisfaga una necesidad puntual, de acuerdo a las políticas de protección a específicos grupos poblacionales (riesgo de vulnerabilidad) que por sus condiciones lo justifican, es así como las reglas para acceder al mismo, propenden por el cumplimiento de requisitos que den certeza de su correcta asignación.

Cabe resaltar que en Colombia todas las pensiones del RPM poseen un subsidio implícito como consecuencia de que la prestación se sustenta en tiempo de servicios o cotizaciones y edad, sin tener en cuenta la equivalencia del aporte, como anteriormente se mencionó, dado que los aportes entran en un fondo común de naturaleza pública que financia las prestaciones a los pensionados en un momento actual, esto significa que las cotizaciones que recibe la Administradora cubren el pago de las mesadas pensionales.

Muy a diferencia, en el RAIS, en principio no existe un subsidio a la pensión, dado que, como se evidenció, la pensión y el valor de su mesada dependen del saldo acumulado en la CAI, sin que la Nación entre a cubrir monto alguno. Sin embargo, y dada la finalidad de proteger a aquellos que a pesar de haber realizado un esfuerzo significativo en densidad de cotizaciones no logran el capital suficiente para su pensión, y vean nugatoria la protección su vejez, se implementó la prerrogativa a través de la garantía del artículo 65 de la Ley 100 de 1993.

Identificado como quedó, el acceso a la pensión de vejez en el RAIS, por medio de la garantía de pensión mínima, materializa la asignación de un ***subsidio*** *y, por ende, debe existir certeza del cumplimiento de los requisitos para efectos del reconocimiento y pago de la prestación con cargo a los recursos de este.*

En el mismo sentido, en la sentencia SL2686-2021, se dijo lo siguiente:

Es menester traer a colación, en este punto, el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, vigente para la época del caso en estudio, pues, además, de los condicionamientos antes expuestos, creó la excepción de la garantía, cuando el afiliado o sus beneficiarios, recibieran ingresos equivalentes a un salario mínimo lo que significaba que no habría lugar a la aplicación del principio solidario y, por consecuencia, procedía la devolución de la CAI anotada.

Y, en un caso más específico y que mutatis mutandis sirve para dar solución a la controversia aquí planteada, dejó dicho la Corte en la sentencia SL4252-2021, que:

*Conforme a lo expuesto, la causación de la garantía se da al momento de cumplir los requisitos contenidos en el artículo 65 de la Ley 100 de 1993 y, en el evento en que este tenga pensiones o rentas y remuneraciones cuya suma sea superior a lo que correspondería a la pensión mínima, la entidad deberá verificar i****) si el mismo es permanente****, caso en el cual no procede el subsidio estatal y se habilita la prestación subsidiaria, esto es la devolución de saldos,* ***como sucedería cuando se percibe una***

> ***pensión de carácter vitalicio;*** *ii) el carácter de temporal de la renta, pues es en este evento en el que no podría hacerse nugatorio el acceso a la garantía estatal y, conforme al entendimiento del artículo 84 anotado habrá lugar a la pensión mínima de vejez a partir de la fecha en que cesa la renta, claro está buscando que no haya solución de continuidad entre el momento en el que deja de percibir la renta y el reconocimiento y acceso efectivo al pago de la mesada bajo el pilar solidario.* (Negrilla fuera del texto)

De lo expuesto, en el sub lite, obra Resolución No 002307 de 1998 (Fol. 12 a 13 archivo No 05), en la que el extinto ISS, hoy COLPENSIONES reconoce una pensión de sobrevivientes a la señora Luz Marina Estupíñan de Rincón, cuya cuantía para el año 2017 asciende a la suma de $797.029 (Fols. 35 archivo No 02), prestación que es de carácter vitalicio y por tanto permanente, y como quiera que es equivalente con una ínfima suma superior al salario mínimo del año 2017, le resulta aplicable lo establecido en el artículo 84 de la Ley 100 de 1993, vigente para la fecha de estudio de la prestación, y por lo tanto, razón le asiste a la AFP PORVENIR S.A. en su defensa, pues conforme lo delinea la sentencia SL4252-2021, si lo percibido es permanente, "*no procede el subsidio estatal y se habilita la prestación subsidiaria, esto es la devolución de saldos",* lo que efectivamente aconteció al haberle otorgado la devolución de saldos por valor de $30.049.094 (Fol. 62 archivo No 05).

Ahora, el a quo trajo a la palestra lo decantado en la sentencia SL3083-2022 para decir que no existe incompatibilidad entre la pensión de sobrevivientes y la garantía de pensión mínima del RAIS; sin embargo, tal providencia estudia la compatibilidad entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez a cargo del ISS, pensiones cuya naturaleza difieren de las aquí estudiadas, aunado a que, la solución al caso concreto no se puede solucionar bajo la figura de la compatibilidad, ya que ciertamente la pensión de sobrevivientes que percibe la actora difiere de la garantía de pensión mínima del RAIS, y por tanto, desde la óptica normativa serían compatibles, pero esa compatibilidad no puede desconocer para efectos de la causación de la garantía de pensión mínima la regulación expresa y vigente para ese momento, el cual excluye de la garantía de pensión mínima a quien "*tenga pensiones o rentas y remuneraciones"* cuya suma sea igual o superior a lo que correspondería a la pensión mínima.

Además, otro de los argumentos que descarta la solución del caso planteado desde la figura de la compatibilidad pensional es que, "*el acceso a la pensión de vejez en el RAIS, por medio de la garantía de pensión mínima, materializa la asignación de un* ***subsidio***" (SL2512-2021), lo que significa que no por el hecho de cumplir la edad y las 1.150 semanas se causa la pensión de vejez en la modalidad de garantía de pensión mínima, ya que su financiación en estricto sentido no será en su totalidad con los aportes de la CAI, sino con un subsidio a "*cargo a la Nación",* quien completa "*los recursos a efectos de acceder a una pensión de vejez de salario mínimo",* para "*específicos grupos poblacionales (riesgo de vulnerabilidad) que por sus condiciones lo justifican",* lo que no acontece con el sub examine, dado que al estar percibiendo una pensión de sobrevivientes encaja en lo establecido en el artículo 84 de la ley 100 de 1993, y de contera, no estaría en el grupo poblacional con riesgo de vulnerabilidad de que trata la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en la sentencia atrás referida.

Bajo ese horizonte, considera la Sala que le asiste razón a PORVENIR S.A. en los argumentos expuestos en la alzada, lo que lleva indefectiblemente a la revocatoria de la decisión de instancia que accedió a la garantía de pensión mínima, para en su lugar absolver a PORVENIR S.A. y el Ministerio de Hacienda y Crédito Público de todas y cada una de las pretensiones enarboladas por la señora LUZ MARINA ESTUPIÑÁN DE RINCÓN.

4. Costas. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de PORVENIR S.A. por haberle prosperado el recurso de apelación impetrado. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte demandante. 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 21 de marzo de 2023, por el Juzgado 30 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a PORVENIR S.A. al reconocimiento de la garantía de pensión mínima, para en su lugar, **DECLARAR** probada la excepción de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas propuesta por PORVENIR S.A., en consecuencia, **ABSOLVER** a PORVENIR S.A. y MINISTERIO DE HACIENDA y CRÉDITO PÚBLICO de todas y cada una de las pretensiones incoadas por LUZ MARINA ESTUPIÑÁN DE RINCÓN, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de PORVENIR S.A.. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte demandante. Tésense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

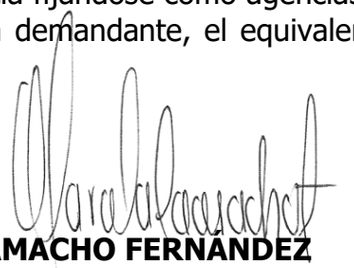
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de PORVENIR S.A. y a cargo de la demandante, el equivalente a ¼ de UN SMLMV, esto es, la suma de $ 290.000.



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: ***CLARA ESPERANZA ALARCÓN ROJAS***
DEMANDADO: ***SERVI LIMPIEZA S.A.***
RADICACIÓN: ***110013105-038-2020-00345-01***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***INDEMNIZACIÓN MORATORIA***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Clara Esperanza Alarcón Rojas instauró demanda ordinaria contra Servi Limpieza S.A., con el fin de que se proceda al reintegro laboral desde el 06 de julio de 2020, el pago de los salarios dejados de percibir a causa del despido (brazos caidos), lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, inició a laborar para la sociedad Servi Limpieza S.A. a partir del 1 de abril de 2014, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, desempeñando el cargo de operaria de limpieza y desinfección; que el 06 de julio de 2020 se presentó a rendir descargos por haber faltado al lugar de trabajo los días 3 y 4 de julio de 2020; que no asistió a su lugar de trabajo los mencionados días debido a que fue víctima de hurto; que la demandada después de los descargos decidió de manera verbal a despedirla; que la demandada no le canceló la liquidación proporcional al tiempo laborado; que el 8 de julio de 2020 elevó un derecho de petición, el cual fue respondido el 27 de julio del mismo año. (Fols. 1 a 07 archivo No 04).

2. Contestación SERVI LIMPIEZA S.A.: Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que el 06 de julio de 2020 le comunicó y notificó a la actora la terminación del contrato de trabajo por justa causa en razón a que cometió una falta legal y reglamentaria, derivado de los descargos realizados el 6 de julio de 2020; que a la finalización del contrato no adeuda ningún concepto, ya que la actora se rehusó a recibir la liquidación de prestaciones sociales, y por ello, procedió a realizar un depósito judicial, el cual correspondió al Juzgado Once Municipal de Pequeñas Causas Laborales, y ello fue comunicado a la accionante. Como excepciones de mérito rotuló las de buena fe de Servi Limpieza S.A., cobro de lo no debido, ausencia de derecho y fundamento legal para reclamar la responsabilidad a Servi Limpieza S.A., pago y compensación, prescripción de las acciones, falta de título y causa, y la genérica. (fols. 1 a 9 archivo No 14)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 09 de diciembre de 2022, mediante la cual el Juzgado condenó a la demandada Servi-Limpieza S.A. a pagarle a la demandante la suma de $18.053.461 por concepto de indemnización por falta de pago, en los términos del artículo 65 del CST; absolvió a la demandada de las demás pretensiones formuladas, y se abstuvo de imponer costas.

Fundamentó su decisión, en que, la parte demandada no controvierte la existencia del contrato de trabajo, además que con las documentales existentes en el informativo, se logra establecer la existencia del vínculo laboral entre el 01 de junio de 2018 hasta el 06 de julio de 2020, siendo el punto central de disenso la terminación del contrato y el consecuente reintegro, junto con el pago de las acreencias laborales dejadas de percibir. Así las cosas, frente a la terminación del contrato concluyó que la demandante únicamente en la diligencia de descargos señaló haber sido asaltada sin mostrar ningún indicio o prueba que justifique la ausencia o no presentación al lugar de trabajo por los días 3,4, y 5 de julio de 2020, y en ese orden, dio por acreditada la justa causa por parte del empleador para finalizar el contrato de trabajo.

Ahora, frente al reintegro, adujo que los efectos de la terminación del contrato de trabajo cuando se determina que no existió justa causa es el reconocimiento de la indemnización por despido de que trata el artículo 64 del CST, y no el reintegro laboral, ya que aquella consecuencia de tiempo atrás con la expedición de la ley 50 de 1990 dejó de estar vigente, por lo que, en el sub examine, se impuso la absolución de la demandada respecto de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la activa.

Ahora, haciendo uso de las facultades ultra y extra petita indicó que en los hechos de la demanda se aduce que a la terminación del contrato no le fue pagada la liquidación final de acreencias laborales, por su parte la demandada en la réplica manifestó que realizó el pago mediante un pago por consignación ante los jueces laborales. De allí que, luego de hacer referencia al canon normativo, encontró que hay un pago por consignación del 28 de agosto de 2020, sin embargo, solo hasta el 22 de marzo de 2022 se puso a disposición del juzgado tal depósito judicial, por lo que, a pesar de que el empleador le comunicó dicha decisión a la actora, incurrió en mora hasta esa calenda, procediendo a fulminar condena por este concepto por valor de $18.053.461.
(Fol. 1 a 3 archivo No 21 con audiencia virtual)

5. Impugnación y límites del ad quem. La parte **demandada** interpone recurso de alzada frente a la decisión de instancia, solicitando sea revocada, con basamento en que no se tuvo en cuenta que a la trabajadora se le había notificada previamente en el año 2020 sobre el pago de la liquidación correspondiente y que había correspondido al Juzgado Sexto Laboral de Pequeñas Causas mediante acta de reparto No 4641 del 14 de septiembre del 2020; que en realidad el pago se realizó en el año 2020 y no en el año 2022; que la actora fue comunicada a través de correo electrónico en varias ocasiones; que debe retirarse la condena impuesta.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. 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,

2. Problemas jurídico: Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿Hizo bien el a quo al impartir condena por indemnización moratoria del artículo 65 del CST, haciendo uso de las facultades ultra y extra petita?

3. Relación laboral, su modalidad y extremos temporales. Para resolver los problemas jurídicos que concitan la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, modalidad contractual, cargo y salario. Además, debe precisarse que dichas situaciones fácticas son corroboradas con el contrato de trabajo (Fol. 10 a 14 archivo No 14), y la liquidación final de acreencias laborales (Fol. 51 y 52 archivo No 14).

4. Indemnización moratoria - Principio de congruencia- facultades ultra y extra petita. En orden a dar solución a la Litis, acota la Sala que el juez de primer grado impuso condena haciendo uso de las facultades ultra y extra petita, razón por la cual, debe la judicatura inicialmente establecer si la condena se ajusta a esas facultades o por el contrario se socavó el principio de congruencia en la decisión judicial.

En tal sentido, debe precisar este colegiado que conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "*se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera "*exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"*, mientras que la segunda hace referencia a que "*toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación,* ***sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"*** (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Ahora, frente a las facultades ultra y extra petita, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, adoctrina en sentencia de radicación No 46274 del 24 de agosto de 2011, referenciada en la SL575-2013, en la que trae a la palestra la sentencia C662-1998, misma que revisó la constitucionalidad del artículo 50 del CPTSS, donde dijo lo siguiente:

> *"El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien "puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del*

> *inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería "superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejercitó el a quo y esto no le está permitido al ad quem", ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31)"*

Y en lo que refiere a la indemnización moratoria, en la sentencia SL575-2013, dejó dicho lo siguiente la Corte:

> *"En otras palabras, la condena por indemnización moratoria no es automática ni inexorable, de suerte que su imposición procede sí y sólo sí en el curso del proceso, vale decir del debido proceso ceñido a las garantías constitucionales del derecho de contradicción y defensa, no se prueba la buena fe del empleador, a cuyo cargo procedería entonces la sanción".*

En el mismo sentido, en la sentencia SL9576-2016, se propaló lo siguiente:

> *"como se adoctrinó desde la sentencia del 8 de abril de 1992, rad. 4893, y en otras como la CSJ SL575-2013, la indemnización moratoria es una de aquellas pretensiones de necesaria reclamación e inclusión dentro de la causa petendi, de manera que no puede ser declarada o impuesta oficiosamente por los juzgadores de instancia, salvo en lo concerniente a las facultades extra petita que le asisten al juez de primer grado".*

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que en el presente proceso las suplicas de la demanda están dirigidas a determinar la causa del despido, y su consecuente reintegro laboral a un cargo de similar o superior categoría, con lo cual, la pretensión relativa a la indemnización moratoria deviene en subsidiaria, y así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL2971-2021), en los siguientes términos:

> *"De otra parte, conviene destacar que las pretensiones subsidiarias solamente pueden ser objeto de estudio cuando las principales no resultan acogidas por el juzgador, por tratarse de pretensiones excluyentes entre sí. Así lo ha señalado el precedente de la Corporación (CSJ AL3511-2016, CSJ AL5290-2016, CSJ AL1216-2018 y CSJ AL1746-2020)".*

Así las cosas, considera la Sala que la pretensión relativa a la indemnización moratoria del artículo 65 del CST no se encuentra comprendida en el escrito primigenio, pues si bien se aludió a la expresión "brazos caídos" lo hizo el petente para significar que se le debían cancelar los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido y hasta el momento del solicitado reintegro y, por ende, tampoco fue discutida en las etapas del proceso, ya que la génesis de la controversia consistió en justeza o no del despido y el reintegro laboral, sin que ninguna pretensión vaya dirigida a pedir la referida indemnización, mucho menos se hace relación particular a la misma en el cuerpo de la demanda, es decir, en los fundamentos de hecho y de derecho (Fol. 1 a 6 archivo No 02), razón por la que, aunque el a quo pueda hacer uso de las facultades extra petita, fallando más allá de lo pedido, ello no puede socavar el principio de congruencia en las decisiones judiciales, ni tampoco vulnerar el derecho de defensa y contradicción de la contraparte, quien resulta sorprendido con una condena sobre la cual no edificó su defensa.

De igual modo, si bien en el hecho octavo del libelo genitor se enuncia que *"a la fecha a la demandante, no se le ha cancelado una liquidación proporcional al tiempo laborado"*, ello no abre paso a que el juez introduzca mutuo propio la pretensión de indemnización moratoria, mucho menos si en el caso por el que procede la misma debió

ser impetrada como subsidiaria de la principal que era el reintegro, pues ello le correspondía alegarlo al apoderado judicial en las oportunidades legales que prevé el Código de Procedimiento del Trabajo y de la Seguridad Social, en particular el artículo 28, que establece la reforma a la demanda (SL4028-2017); sin embargo, como no se hizo, mal podría ahora la Sala avalar la decisión del a quo, quien de manera oficiosa, haciendo uso de las facultades extra petita, decidió incluirla con la consecuencial condena; asimismo, se itera, al revisar en su integridad el libelo genitor, ni siquiera en los fundamentos de derecho se hace alusión a la indemnización moratoria, de hecho hace relación al artículo 64 del CST, el cual nada tiene que ver con el objeto del litigio, razón de más para decir que el a quo se equivocó al fulminar condena por indemnización moratoria haciendo uso de las facultades estipuladas en el artículo 50 del CPTSS.

De otra parte, al revisar la fijación del litigio de que trata la audiencia del artículo 77 del CPTSS, da cuenta la Sala que giró en torno a la terminación del contrato y el reintegro laboral, sin que el apoderado judicial se haya inmutado en por lo menos hacer referencia a la indemnización moratoria por falta de pago de las acreencias laborales a la finalización de la relación laboral, lo que conlleva indeclinablemente a revocar la decisión de instancia.

Así las cosas, considera la Sala, erró al haber impuesto una condena por indemnización moratoria, que incluso no es consecuencial a las pretensiones principales, sino que es una de aquellas de orden subsidiario, a la cual solo se abre paso para su estudio si no prosperan las principales, por lo que, el juez al fallar en contra de la demandada e imponer condena por una pretensión subsidiaría no propuesta, vulnera el principio de congruencia; y si bien, la demandada aportó al diligenciamiento en pago por consignación y un cruce de correos electrónicos, lo fue precisamente para manifestar que no es cierto el hecho octavo de la demanda, pero en modo alguno ello puede tenerse como defensa ante la pretensión condenatoria impuesta por indemnización del artículo 65 del CST, ya que de haberse rotulado tal pretensión en el libelo genitor como subsidiaría, debía no solo acreditar que pagó, sino justificar las razones del por qué se hizo a través del pago por consignación y si en efecto se ciñó al procedimiento establecido para tal fin, incluido la comunicación al trabajador, puntos sobre los cuales no hubo discusión en el decurso del proceso, mucho menos se le dio la oportunidad a la demandada de controvertirlo, pues el litigio no versó sobre ello, y por tanto, si bien el a quo podría en uso de las facultades extra petita imponer una indemnización no pedida en la demanda, lo cierto es que, en el sub examine, a más de que la pretensión es subsidiaria, no se puede determinar con grado de certeza que haya sido un aspecto debatido y que esté debidamente probado.

Finalmente, el uso de las facultades ultra y extra petita no pueden conllevar al quebrantamiento de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa consagrados en el artículo 29 de la Constitución Política que le asiste a las partes en contienda; por manera que con el fin de garantizar dichas prerrogativas constitucionales, se sigue revocar la sentencia confutada, en tanto que, no fue objeto de pretensión ni de debate la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

Colofón de lo dicho, habrá de revocarse la decisión de instancia en lo correspondiente a la condena por indemnización del artículo 65 del CST, para en su lugar revocar su condena, confirmando la decisión en lo que respecta a la absolución de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la parte demandante, conforme lo atrás dicho.

5. Costas. Sin costas en esta instancia al no haberse causado. Las de primera se confirman, ya que el a quo se abstuvo de imponerlas.

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 el **NUMERAL PRIMERO** del fallo objeto de apelación proferido el 09 de diciembre de 2022 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, ABSOLVER a SERVI LIMPIEZA S.A., del pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

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

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	DANY LEANDRO SERRANO RAMÍREZ
Demandado:	ETB S.A. E.S.P.
Radicación:	15-2021-00261-02
Tema:	DESPIDO SIN JUSTA CAUSA- PERJUICIOS

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Dany Leandro Serrano Ramírez, instauró demanda ordinaria contra la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A.- ESP, con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 19 de diciembre de 2014 hasta el 23 de diciembre de 2016, el cual terminó en forma unilateral y sin justa causa por parte del empleador. Como consecuencia, condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato de trabajo, la indemnización por los perjuicios materiales y morales ocasionados por la terminación ilegal e injusta del contrato de trabajo, el bono de desempeño causado para el año 2016 conforme la Directiva Interna No 00651 del 29 de septiembre de 2016, la indexación, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar para la demandada mediante un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 19 de diciembre de 2014, desempeñando el cargo de Profesional Especializado II, siendo su último salario la suma de $13.799.451; que nunca tuvo llamados de atención; que el 23 de diciembre de 2016 la demandada le dio por terminado el contrato de trabajo de manera unilateral y aduciendo una presunta justa causa; que el 29 de julio de 2019, presentó reclamación administrativa; que la justa causa endilgada tiene que ver con la supervisión del contrato No 4600014501 del 13 de febrero de 2015, al recibir a satisfacción los diseños y los informes de interventoría de los meses de julio a noviembre de 2015, sin cumplir con las especificaciones de la norma NSR-10, y además por autorizar con su firma el pago por valor de $285.611.650; igualmente, que se le enrostró el incumplimiento grave de sus obligaciones al recibir el 04 de septiembre de 2015 el informe del hito I de cimentación elaborado por el constructor Data Center y el interventor de obra Data Center Consultores DCC, cuando, solo debía hacerlo el interventor, y además no cumple con las especificaciones de la norma NSR-10; que no existió inmediatez entre la fecha de los presuntos hechos alegados y la fecha de finalización del vínculo laboral; que el 24 de febrero de 2015 fue designado como supervisor del contrato No 4600014501 suscrito con DCC; que se rehusó a aceptar la supervisión por haber sido vinculado apenas hace dos meses, sin embargo, fue designado en el contrato con DCC, sin su consentimiento y sin capacitación; que no tuvo injerencia en el componente de infraestructura u obra civil, dado que no contaba con tales conocimientos, y por tal razón, mediante memorando del 10 de octubre de 2015 la Vicepresidencia de Estrategia y Desarrollo de Negocios, solicitó a la Vicepresidencia de Capital Humano y Cadena de Abastecimiento la designación de un

supervisor para la obra civil; que su intervención fue únicamente para la revisión de documentos técnicos del Data Center; que no tuvo injerencia ni intervención en las actas que se emitieron por cumplimiento de los entregables de las primeras cuatro fases del contrato; que el demandante no estaba a cargo de la obra civil al no ser experto en esa disciplina; que el ingeniero Roberto Badel fue designado para que asumiera la supervisión del contrato No 4600014501 en lo que respecta a la obra civil; que el señor Libardo Vergel, Gerente Administrativo de ETB S.A. no aceptó que Roberto Badel realizara la interventoría; que mediante memorando de la Vicepresidencia de Infraestructura del 18 de septiembre de 2015, dirigido a la Vicepresidencia de Estrategia y Desarrollo de Negocios, se solicitó la asignación de un supervisor del contrato que maneje las obras civiles; que en agosto de 2016 la abogada Claudia Rodríguez le da la instrucción al demandante de hacer la liquidación del contrato, misma que fue enviada a la empresa DDC, sin embargo, como no se tuvo respuesta se liquidó unilateralmente el contrato; que se citó al demandante a declaración previa a la terminación del contrato, pero se vulneró el debido proceso, ya que se incluyeron hechos nuevos; que en el informe final presentado por la gerencia de relaciones laborales de fecha 30 de noviembre de 2016 se señaló que el actor tenía la responsabilidad de verificar la norma NSR-10, sin embargo, ello no correspondía a la realidad, dada la profesión y el perfil para el cual fue contratado; que en la carta de terminación del contrato no anuncia norma alguna de carácter legal sobre la cual sustente la decisión; que la presunta falta no se encuentra calificada en el contrato ni en ningún otro acto o reglamento como grave; que conforme la disposición interna No 00651 del 29 de septiembre de 2016 se reconoce el bono por desempeño, del cual es beneficiario el demandante, sin embargo, no le fue reconocido; que la demandada al despedirlo lesionó su imagen y reputación ante la sociedad, causándole un agravio injustificado a su buen nombre y dignidad; que a la fecha de despido no percibía ingresos adicionales al recibido por ETB S.A. ESP, que le permitieran procurarse una subsistencia digna; que tuvo que acudir a tratamientos médicos derivados del decaimiento en su salud, lo que genera el reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales. (fls. 1 a 49 archivo No 01 y Folios. 11 a 51 archivo No 06).

2. Contestación de ETB S.A. ESP.: Al contestar la demanda se opuso a la prosperidad de las pretensiones, a excepción de la pretensión relativa con la existencia de la relación laboral. Sobre las otras pretensiones refirió que el contrato de trabajo terminó el 23 de diciembre de 2016 por justa causa comprobada, luego de haberle garantizado las garantías de defensa y debido proceso; que la terminación del contrato no generó perjuicios de orden material o moral ya que la entidad actuó legítimamente en ejercicio de una facultad y cumplimiento de un deber; que no se vulnera el principio de inmediatez en la terminación del contrato, dado que la notificación de apertura del trámite previo a la terminación fue el 13 de septiembre de 2016 y la terminación fue el 23 de diciembre de 2016. Propuso como excepciones de fondo los que denominó despido con justa causa probada ajustada a derecho, inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización moratoria, perjuicios o costas procesales, y la genérica. (fols. 1 a 45 archivo No 36)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 24 de enero de 2023, en el que el fallador declaró que entre Dany Leandro Serrano Ramírez y ETB S.A. ESP, existió un contrato de trabajo a término indefinido que se desarrolló entre el 19 de diciembre de 2014 y el 23 de diciembre de 2016, desempeñándose en el cargo de Profesional Especializado Grado II, devengando como último salario la suma de $10.020.372; condenó a ETB S.A. EPS al pago de la indemnización por despido sin justa causa prevista en el artículo 64 del CST, a favor del demandante en un valor de $11.746.103, la cual se pagará debidamente indexada desde el 23 de diciembre de 2016 hasta el momento efectivo del pago; condenó a ETB S.A. ESP al pago de $12.932.960 por

concepto de bono de desempeño el cual se pagará debidamente indexado desde el 23 de diciembre de 2016 hasta el pago efectivo; absolvió a ETB S.A. ESP de las demás pretensiones incoadas en su contra, especialmente la atinente al pago de la indemnización de perjuicios morales y materiales, y condenó en costas a la parte demandada.

Para arribar a tal decisiva refirió que no existe motivo de duda que entre las partes existió un vínculo laboral que inició a través de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 01 de diciembre del 2014, mismo que término el 23 de diciembre del 2016, en el cargo de Profesional Especializado II, devengando como último salario la suma de $10.020.372.

Frente al despido sin justa causa, concluyó que no se encontraba demostrada la configuración de la causal alegada en la carta de terminación, debido a que de la prueba testimonial y documental se evidencia que el demandante no tenía conocimiento ni tampoco había recibido preparación que exige el manual de supervisión; que no es cierto la postura de la demandada de que simplemente se trataba de verificar el cumplimiento de unas actas, ya que lo evidenciado era cumplir con una norma técnica o tener conocimiento en el área civil, tal como lo manifestó el testigo Víctor Julio Rodríguez; que se aportaron unos memorandos donde el mismo demandante pedía la asignación de un supervisor del área civil, y que fueron desatendidos por la demandada, por lo que, no puede la demandada recriminarle unas falencias, cuando quien incumple es el empleador al no asignar una persona del área civil, no capacitar al accionante, quien además desarrollo una labor para la cual no había sido contratado. Bajo ese horizonte, consideró que no se acredita la justa causa invocada, procediendo a fulminar condena por indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 del CST.

En lo referido a los perjuicios materiales y morales, indicó que conforme la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, entre otras, la sentencia SL1598 de 2020, le corresponde a la parte demandante acreditar que sufrió los perjuicios. Así las cosas, frente a los perjuicios materiales se encuentran inmersos en la condena de que trata el artículo 64 del CST, sin que se haya acreditado perjuicios adicionales, y en cuanto a los perjuicios morales, si bien es lógico que frente al despido haya afectación por quedarse de un momento a otro sin trabajo, lo cierto es que no se encuentran acreditado dichos perjuicios, por lo que se procedió a absolver de tal pretensión.

En lo tocante con el bono de desempeño dio prosperidad al mismo, en la medida en que está estipulado en la Directiva Interna, el cual se pierde cuando se configura una justa causa de terminación del contrato, y como quiera que en el sub examine, se determinó que no existió justa causa del despido, se abre paso al reconocimiento y pago de tal bono de desempeño, por valor de $12.932.960, la cual debe indexarse desde el 23 de diciembre del 2016 hasta el momento efectivo del pago. (fols. 1 a 4 archivo No 73 con audiencia virtual archivo No 72)

4. Impugnación y límites del ad quem. Presentaron recurso de alzada las siguientes partes:

4.1. Demandante: Manifiesta que no está de acuerdo con la absolución de los perjuicios materiales y morales, ya que se acreditó con las pruebas documentales que tiene a cargo su esposa y sus dos hijos, además que con la prueba testimonial se acreditó la afectación económica y la lesión moral como consecuencia del despido; que una vez demostrado el despido sin justa causa deviene la causación de los perjuicios a favor de la parte demandante; que se acreditó la disminución del ingreso mensual el cual proveía un nivel de vida tanto para él como para su núcleo familiar; que todos los planes en materia de educación y recreación con su grupo familiar se vieron truncados por la decisión unilateral de la empresa; que la esposa no trabajaba, siendo el ingreso del demandante el único sustento del grupo familiar, por lo que, se vieron avocados a acudir a prestamos familiares

para poder solventar las necesidades básicas; que el daño moral se encuentra determinado precisamente por la angustia, el estrés y la lesión al patrimonio del núcleo familiar; que el despido ocasionó un daño que debe repararse, máxime cuando quedó acreditado que el actor tiene un status profesional, es una persona disciplinada, e idónea, y al haber sido despedido sin justa causa resultó lesionado ante la comunidad y su familia; en definitiva, solicita que se condene a la demandada a los perjuicios materiales y morales.

4.2 Demandada ETB S.A. ESP.: Solicita revocar la decisión de instancia, dado que el a quo terminó condenando a la demandada con sustento en un tema de ejecución del contrato o relacionado con la obra civil y la norma de sismo resistencia, sin tener en cuenta que eso no fue lo que se le endilgó en la carta de despido; que la justa causa obedece a la supervisión del contrato y no de la obra, es decir, en que no verificó las entregas y aprobó unos desembolsos o pagos sin el cumplimiento de los requisitos contractuales para ello, más no se está reprochando el tema de sismo resistencia; que el demandante ni siquiera debía hacer operaciones matemáticas; que lo que se reprocha es que no haya supervisado el tema contractual respecto de sus requisitos o términos de referencia, procediendo a autorizar con su firma el pago; que en gracia de discusión no se tiene en cuenta que el actor tenía formación de maestría en gerencia de proyectos y aún así no podía supervisar unos ítems del contrato, además que no era el ejecutor de la obra ni mucho menos interventor de la misma; que cualquier persona con el mínimo razonamiento no puede recibir y dar por sentado algo y autorizar unos pagos; que se terminó condenando a la entidad por algo que no fue la razón del despido, por lo que, solicita que se revise de manera integral la carta de despido y los hechos que fundamentaron la terminación del contrato de trabajo con justa causa.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal la demandada ETB S.A. ESP, reafirmó los argumentos expuestos en la apelación, solicitando la revocatoria de la decisión de primer grado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. 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 expuesta por los recurrentes.

2. Problemas jurídico: Corresponde a la sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿El despido del trabajador por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho a la indemnización por despido sin justa causa? En caso positivo ii) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de los perjuicios materiales y morales?

3. De la relación laboral, su modalidad y extremos temporales. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral, y sus extremos temporales, esto, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 19 de diciembre de 2014 hasta el 23 de diciembre de 2016. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda, sino, además, porque las mismas se corroboran con el contrato de trabajo (folios 1 a 4 archivo No 08), comunicación de terminación del contrato de trabajo (folio 1 a 3 archivo No 11) y certificación laboral (folio 1 archivo No 56).

4. Justa Causa para la terminación del contrato de trabajo. El artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965, regula la terminación del vínculo laboral por justa causa, el cual prevé dos obligaciones

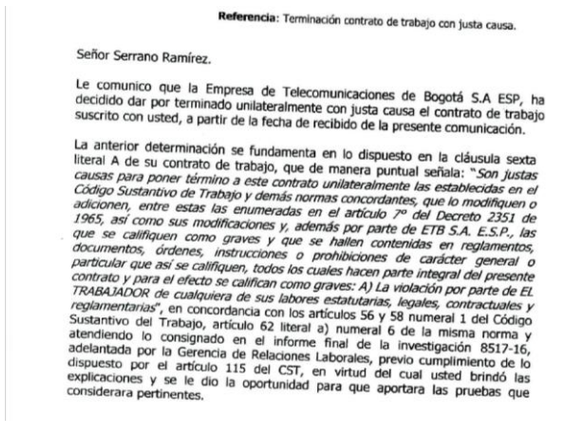
para quien lo dé por terminado; la primera es subjetiva y versa sobre las causales contempladas en sus literales a) y b); la segunda tiene que ver con la forma en que se da por terminado el contrato, pues impone la carga de expresar al momento de la terminación del vínculo la causal por la que opta por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

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

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

Lo primero que resalta la Sala es que mediante comunicación del 20 de diciembre de 2016 le fue notificado al trabajador que su contrato de trabajo se daría por terminado con justa causa (Fol. 1 a 3 archivo No 11TerminaciónContrato).

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



Referencia: Terminación contrato de trabajo con justa causa.

Señor Serrano Ramírez.

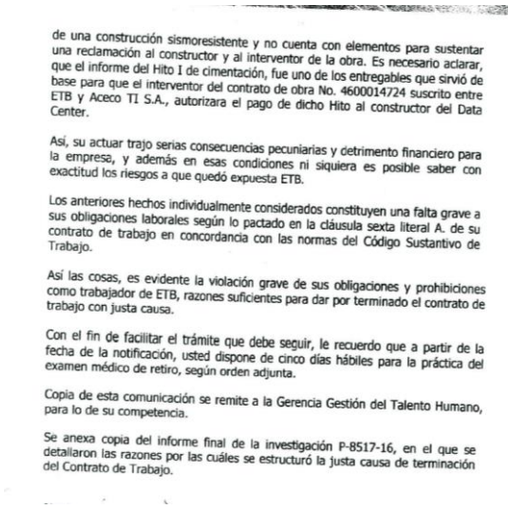
Le comunico que la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A ESP, ha decidido dar por terminado unilateralmente con justa causa el contrato de trabajo suscrito con usted, a partir de la fecha de recibido de la presente comunicación.

La anterior determinación se fundamenta en lo dispuesto en la cláusula sexta literal A de su contrato de trabajo, que de manera puntual señala: "*Son justas causas para poner término a este contrato unilateralmente las establecidas en el Código Sustantivo de Trabajo y demás normas concordantes, que lo modifiquen o adicionen, entre estas las enumeradas en el artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, así como sus modificaciones y, además por parte de ETB S.A. E.S.P., las que se califiquen como graves y que se hallen contenidas en reglamentos, documentos, órdenes, instrucciones o prohibiciones de carácter general o particular que así se califiquen, todos los cuales hacen parte integral del presente contrato y para el efecto se califican como graves: A) La violación por parte de EL TRABAJADOR de cualquiera de sus labores estatutarias, legales, contractuales y reglamentarias*", en concordancia con los artículos 56 y 58 numeral 1 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 62 literal a) numeral 6 de la misma norma y atendiendo lo consignado en el informe final de la investigación 8517-16, adelantada por la Gerencia de Relaciones Laborales, previo cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 115 del CST, en virtud del cual usted brindó las explicaciones y se le dio la oportunidad para que aportara las pruebas que considerara pertinentes.

La justa causa se configura al demostrarse, que usted como supervisor del contrato No. 4600014501, suscrito el día 13 de febrero de 2015, con el contratista Data Center Consultores DCC., cuyo objeto era "*(i) la asesoría para el diseño e Ingeniería detallada, elaboración de los términos de referencia técnicos, y el acompañamiento durante el proceso de evaluación de las ofertas recibidas dentro del proceso de selección que adelantará ETB para la implementación del nuevo Centro de Datos de ETB, y (ii) los servicios de interventoría para la implementación del data center y commisioning de conformidad con la asesoría descrita en el numeral (i). y con el fin de obtener la certificación de construcción como TIER III ante el Uptime Institute*" incumplió de manera grave lo establecido en los términos de referencia que hacen parte integral del contrato No. 4600014501, punto 3.5 (*REFERENCIAS NORMATIVAS Y ESTÁNDARES INTERNACIONALES. Toda la ingeniería y el diseño del proyecto se harán tomando en cuenta las mejores prácticas establecidas por los siguientes estándares, en su última versión publicada: (…) NSR-10. "Reglamento de construcciones sismo resistentes" (…)*); el Manual de Contratación de ETB, Directiva Interna 00612: Titulo IV Capítulo Segundo, artículo 52 literal B. numerales 7 y 8 (*7. Velar a fin de que se cumplan las normas, especificaciones técnicas y procedimientos previstos para la ejecución de las actividades contractuales. 8. Verificar las entregas de los bienes o la prestación de los servicios, de conformidad con lo establecido en los contratos correspondientes, dejando la constancia y justificación escrita respectiva*) y literal C. numeral 4 (*4. Aprobar los desembolsos o pagos a que haya lugar, previa verificación del cumplimiento de los requisitos contractuales previstos para ello*); al recibir a satisfacción los diseños y los informes de interventoría de los meses de julio a noviembre de 2015, los cuales no cumplen las especificaciones de la norma NSR-10, por no tener la información y anexos contenidos en el título 1 de la misma, tal como lo estipulan los términos de referencia del contrato, y autorizó con su firma su pago, por valor total de Doscientos Ochenta y Cinco Millones Seiscientos Once Mil Seiscientos Cincuenta Pesos ($285.611.650), desembolsado los días 2 y 4 de diciembre de 2015 y 12 de febrero de 2016, tal como consta en las Actas Recibo Definitivo No. 9, 10, 11 y 12, las tres primeras de fecha 9 de noviembre de 2015 y la última de fecha 9 de diciembre de 2015.

Así mismo, incumplió gravemente sus obligaciones al recibir, el día 4 de septiembre de 2015 el informe del hito 1 de Cimentación, que fue elaborado en conjunto por el constructor del Data Center (Aceco TI S.A.) y el interventor de la obra (Data Center Consultores DCC) cuando, para no incurrir en conflicto de intereses, sólo debía hacerlo el interventor, pues un informe así presentado (en conjunto), resta objetividad, y además, dicho informe, tampoco cumple con las especificaciones de la norma NSR-10, por no tener la información y anexos contenidos en el título 1 de la misma, por lo cual, a la fecha, la empresa desconoce, si la obra civil del Data Center, cumple o no con las especificaciones

07-07.7-F-020-v.4



de una construcción sismoresistente y no cuenta con elementos para sustentar una reclamación al constructor y al interventor de la obra. Es necesario aclarar, que el informe del Hito I de cimentación, fue uno de los entregables que sirvió de base para que el interventor del contrato de obra No. 4600014724 suscrito entre ETB y Aceco TI S.A., autorizara el pago de dicho Hito al constructor del Data Center.

Así, su actuar trajo serias consecuencias pecuniarias y detrimento financiero para la empresa, y además en esas condiciones ni siquiera es posible saber con exactitud los riesgos a que quedó expuesta ETB.

Los anteriores hechos individualmente considerados constituyen una falta grave a sus obligaciones laborales según lo pactado en la cláusula sexta literal A. de su contrato de trabajo en concordancia con las normas del Código Sustantivo de Trabajo.

Así las cosas, es evidente la violación grave de sus obligaciones y prohibiciones como trabajador de ETB, razones suficientes para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa.

Con el fin de facilitar el trámite que debe seguir, le recuerdo que a partir de la fecha de la notificación, usted dispone de cinco días hábiles para la práctica del examen médico de retiro, según orden adjunta.

Copia de esta comunicación se remite a la Gerencia Gestión del Talento Humano, para lo de su competencia.

Se anexa copia del informe final de la investigación P-8517-16, en el que se detallaron las razones por las cuáles se estructuró la justa causa de terminación del Contrato de Trabajo.

Conforme lo expuesto, en la comunicación de terminación unilateral y por justa causa, la entidad empleadora ETB S.A. ESP sí previno o apercibió al actor de la falta o conducta que da lugar al finiquito del vínculo, la cual consistió en síntesis en que *"incumplió de manera grave lo establecido en los términos de referencia que hacen parte integral del contrato No 4600014501 (…) al recibir a satisfacción los diseños y los informes de interventoría de los meses de julio a noviembre de 2015, los cuales no cumplen con las especificaciones de la norma NSR-10, por no tener la información y anexos (…) y autorizó con su firma el pago, por valor total de Doscientos Ochenta y Cinco Millones Seiscientos Once Mil Seiscientos Cincuenta Pesos ($285.611.650); (…) Así mismo, incumplió gravemente sus obligaciones al recibir, el día 4 de septiembre de 2015 el informe del hito I de Cimentación, que fue elaborado en conjunto por el constructor del Data Center (Aceco TI S.A.) y el interventor de la obra (Data Center Consultores DCC) cuando, para no incurrir en conflicto de interés, sólo debía hacerlo el interventor, pues un informe así presentado (en conjunto), resta objetividad, y además, dicho informe, tampoco cumple las especificaciones de la norma NSR-10, por no tener la información y anexos (…)"*

La parte pasiva en la carta de terminación del contrato hace referencia al clausulado del contrato de trabajo, para decir que *"Los anteriores hechos individualmente considerados constituyen una falta grave a sus obligaciones laborales según lo pactado en la cláusula sexta literal A. de su contrato de trabajo en concordancia con las normas del Código Sustantivo del Trabajo"*, lo que conduce a la Sala a estudiar sí la conducta reprochada al actor se encuentra calificada como grave en el contrato de trabajo, o por el contrario, al no estar catalogada como grave le corresponde al juez determinar sí la misma es de tal entidad que da lugar a finalizar el contrato con justa causa.

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

No obstante, en sentencia de radicado No 35998 del 25 de junio de 2009, reiterada en sentencia de radicado No 38420 del 2 de mayo de 2012, la Corte Suprema de Justicia, estableció que: *"El hecho de que una conducta del trabajador sea calificada en el contrato de trabajo como falta grave que faculte al empleador para terminar el vínculo contractual por justa causa, no significa que el juez no pueda examinar los motivos aducidos para*

determinar si efectivamente el trabajador incurrió en dicha falta. Desde luego que no juzgará la gravedad de la misma, pues esa calificación ha sido previamente convenida por las partes, pero sí, si el trabajador incurrió en la conducta antilaboral, ya que en estos eventos no opera la responsabilidad objetiva"

Así las cosas, encuentra la Sala que la cláusula sexta del Contrato de Trabajo (Fols. 1 a 4 archivo No 08) establece que "se califican como graves" las siguientes faltas que dan lugar a la terminación del contrato de trabajo con justa causa: "*(…) A). La violación por parte de EL TRABAJADOR de cualquiera de sus obligaciones estatutarias, legales, contractuales y reglamentarias"*

De lo expuesto, de manera preliminar debe decirse que en efecto las partes elevaron a la categoría de falta grave el que el trabajador incurra en la violación de sus obligaciones estatutarias, legales, contractuales y reglamentarias, por lo que, lo que sigue es establecer si las conductas endilgadas en la carta de terminación del contrato encajan en la vulneración o violación de las obligaciones que tenía el trabajador desde el punto de vista contractual o reglamentario, ya que se hace alusión al incumplimiento de su función como supervisor del contrato No 4600014501.

De lo último expuesto, considera la Sala que razón le asiste al cognoscente de instancia en considerar que la entidad demandada no logra acreditar con suficiencia la configuración de la justa causa, ello por cuanto el punto central de la decisión de instancia consistió en que el actor no recibió capacitación para ejercer como supervisor, desconociéndose el contenido del manual de supervisión (Fols. 8 archivo No 14), en cuyo acápite rotulado "Capacitación del Supervisor", reza:

> "***Previamente*** *a su designación por parte del Facultado para contratar,* ***el supervisor recibirá la capacitación pertinente sobre el rol a desempeñar****, en cuanto a obligaciones, principios, facultades y directrices necesarias para el cabal cumplimiento de las funciones a cargo y con el fin de optimizar la gestión de supervisión.*
>
> *Dicha capacitación será impartida por el equipo designado para el efecto, atendiendo la programación, contenidos y directrices establecidas por la Gerencia de Gestión del Talento Humano o quien haga sus veces.* ***Lo anterior, como requisito de obligatorio cumplimiento****, previo a la designación en calidad de supervisor"* (Negrilla fuera del texto).

Así las cosas, no se discute y se encuentra acreditado en el cartapacio que el accionante fue designado como supervisor del contrato No 4600014501 (Fol. 5 archivo No 18), en los siguientes términos *"La supervisión del contrato será ejercida por Dany Serrano Ramírez, pertenece a la Gerencia de ingeniería de red y servicios, o por quien en su reemplazo designe el Facultado";* sin embargo, lo que no acredita la entidad demandada es que le haya brindado la capacitación que establece el manual de supervisión, de hecho, de las pruebas tanto documentales como testimoniales se logra dilucidar que dicha capacitación nunca se efectuó.

En el informe juramentado rendido por la ETB S.A. ESP (Fol. 1 a 4 archivo No 66), se inquirió sobre lo siguiente*: ¿Informe al Despacho que capacitación previa brindó ETB S.A. E.S.P. al demandante para el desarrollo de la labor como supervisor del contrato No. 4600014501?* Respondiendo que: "*Una capacitación específica, curso, seminario o algo parecido si a ello se refiere, no se brindó porque para tal labor de supervisión se contrató al señor DANNY LEANDRO SERRANO, las responsabilidades y tareas asignadas obedecieron a su excelente historia laboral y académica, la vinculación a la ETB no fue para aprender, no ingresó en*

modalidad de aprendizaje sino para aportar y desarrollar el trabajo para el que se le contrató asignándole un salario condigno a su formación y responsabilidades. Pero por supuesto que contó con el apoyo requerido adicional a sus propios conocimientos".

Igualmente, al revisar el informe administrativo No 8517-16 (Fols. 1 a 25 archivo No 16), relativo a la investigación y descargos rendido por el actor, se extrae que fue designado como supervisor sin capacitación y sin tener la profesión que se requería para la supervisión del contrato, incluso con desconocimiento de los parámetros que debía seguir en ejercicio de su función como supervisor, pues allí se concluye que: *"Frente a lo manifestado por el Ingeniero Dany Serrano respecto del primer cargo, pudo comprobarse que, efectivamente, su profesión es ingeniero eléctrico con especialización en gerencia de proyectos, tal y como consta en el resumen de su historia laboral (f. 161); también se demostró, que en varias ocasiones tanto Martha Martínez (anterior líder del proyecto de Datacenter) como Pablo Antonio Gómez Mora (Vicepresidente de Estrategia y Desarrollo de Negocios de la época) y Daniel Federico Vásquez (Vicepresidente de Infraestructura de la época), solicitaron al área de inmuebles, la designación de un ingeniero civil para que ejerciera las funciones de supervisión del contrato suscrito con DCC, tal como consta en los correos electrónicos que obran a folios 35,36 y en los memorandos de fecha 15 de septiembre de 2015 (f. 96) y 10 de octubre de 2015 (f. 48 y 49), inclusive se sugirió que tales funciones las ejerciera el ingeniero Roberto José Badel; sin embargo la respuesta dada a dichos requerimientos fue, que esa área prestaría labores de apoyo sin ser responsables directos de las actividades (f. 35), lo cual es corroborado por el Ingeniero Badel, en la entrevista rendida ante esta Gerencia el día 7 de septiembre de 2016 (…). En la misma declaración, el Ingeniero Badel manifiesta, que aunque no fue supervisor del contrato, se desempeñó como apoyo técnico de la gerencia del proyecto, desde julio de 2015".*

Ahora, el testigo Martín Mappe Bautista, quien funge como Gerente de Relaciones Laborales de ETB, al preguntársele sobre la capacitación previa al demandante para ser designado como supervisor, respondió que no tenía conocimiento de sí se le había brindado, pero que con la formación profesional y especialización que el trabajador acreditó era suficiente, además que la labor como supervisor solo requería ser profesional e incluso su actividad era de verificación, y como quiera que el actor tenía una hoja de vida relacionada con el tema de Data Center, debía conocer o tener experiencia en la labor que le fue encomendada; no obstante, considera la Sala que ello no releva la obligación expresa en el manual de supervisión de haberle capacitado previamente para ejercer como supervisor contractual, cualquiera haya sido la supervisión a realizar, pues según el manual de supervisión, existe la supervisión de carácter administrativo, técnico, financiera, y legal, aspectos sobre los que al no habérsele capacitado, mal haría el empleador con posterioridad reprochar su incumplimiento, máxime cuando ni siquiera obra en el cartulario prueba de que se le haya notificado o comunicado al trabajador el referido manual de supervisión. Así las cosas, independientemente de que la supervisión del actor no esté relacionada con la ejecución del contrato o el cumplimiento técnico de la norma NSR-10 como lo aduce la censura, lo cierto es que, no se le brindó la capacitación previa obligatoria ni se le dijo cuáles eran sus responsabilidades y obligaciones, o si la supervisión a ejercer era de carácter administrativo, técnico, financiera, o legal, y por ello, nótese que la sociedad demandada ante los hallazgos presentados en el contrato tanto de ejecución como administrativos, hizo recaer el incumplimiento de todas esas las obligaciones en cabeza del aquí demandante, sin tener claro a qué clase de supervisión se refieren, y ello, solo podía haberse evitado si desde el inicio hubiere capacitado al actor determinándole las obligaciones a su cargo en la supervisión del contrato, ello en cumplimiento de la misma directriz establecida por la pasiva en el manual del supervisor.

Del mismo modo, el testigo Víctor Julio Rodríguez, quien fungió como supervisor técnico de la ETB S.A. ESP, manifestó respecto de la norma NSR-10, que *"realmente solamente*

los profesionales ingenieros civiles o ingenieros mecánicos son los que la dominan en plenitud, porque es una norma que tiene diferentes libros por decirlo de alguna manera tomos, cada tomo tiene una especialidad", lo que conduce a delinear por la Sala que no podía exigirle al accionante el cumplimiento formal de los parámetros que trae tal disposición, si previamente no fue capacitado. Ahora, si bien el disenso del recurrente refiere que no se le exigía al demandante que revisara el tema técnico del cumplimiento de la norma NSR-10 (Reglamento de construcción sismo resistente), sino que debía revisar el cumplimiento formal de los informes y anexos, lo cierto es que, al faltar la capacitación previa y la comunicación de sus obligaciones conforme el manual de supervisión, no podía exigírsele con posterioridad su cumplimiento, máxime cuando la capacitación previa no era opcional sino obligatoria, y más si dentro de la supervisión se ramifican varias clases de supervisiones.

Así entonces, el caso de autos esta huérfano de prueba no solo en relación con la capacitación previa, sino la delimitación de la supervisión que debía ejercer el actor, razón por la cual, ciertamente pudo el actor presuntamente haber realizado algún acto que no está acorde con las obligaciones y funciones determinadas en el manual de supervisión, pero para los efectos laborales en particular la determinación de la justa causa, no encuentra la Sala que la misma se haya constituido, pues el empleador omitió incluso comunicarle las funciones o actividades que le correspondían como supervisor, por lo que no cuenta con los elementos de juicio necesarios para encausar la justa causa alegada, y por lo tanto, la terminación del contrato de trabajo se torna en injusta.

Ahora, como quiera que el valor condenado por concepto de indemnización por despido sin justa causa no fue objeto de censura, en virtud del principio de consonancia, no hay lugar a realizar alguna disquisición al respecto, debiéndose confirmar la decisión de instancia.

5. Perjuicios terminación del contrato. Sobre este punto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-14618 (39642) del 22 de octubre de 2014. M.P Elsy del Pilar Cuello Calderón, asentó que:

> *"Aun cuando el Código Sustantivo del Trabajo prevé una indemnización ante la terminación unilateral del contrato sin justa causa, la misma únicamente comprende, en los términos de su artículo 64, el lucro cesante y el daño emergente. Esto significa que es posible que se resarza el daño moral cuando quiera que se pruebe que este se configuró ante una actuación reprochable del empleador, que tenía por objeto lesionarlo, o que le originó un grave detrimento no patrimonial".*

Igualmente, en sentencia de radicación No 35795 de 2013 la máxima corporación de la justicia ordinaria laboral, estableció que si bien hay lugar al reconocimiento de los perjuicios morales, debe el trabajador acreditar lo pretendido.

En el sub judice, el a quo, consideró la no procedencia de los perjuicios atendiendo a que no fueron acreditados en el proceso, posición que apoya esta Colegiatura, pues considera que los perjuicios morales en materia laboral, específicamente en relación con la terminación del contrato de trabajo, proceden de manera excepcionalísima, pues así lo ha expresado la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes citadas.

Lo primero que hay que decir, es que la sentencia de radicado SL-14618 (39642) del 22 de octubre de 2014, trata el caso de una trabajadora que llevaba más de 22 años vinculada, en el que las razones esgrimidas para su retiro no estaban probadas y fueron desproporcionadas en atención a su trayectoria y a su labor ejemplar; situaciones fácticas que difieren del sub judice, pues el actor intentó demostrar los perjuicios con los

testimonios de Bibiana Blanco y Jonathan García, quien si bien dijeron que a la terminación del contrato el actor se encontraba deprimido o "bajo de ánimo", lo cierto es que, no se corrobora dicha información con probanzas de mayor contundencia, pues si la afectación lo fue en el estado de salud, aquello estuviere registrado en alguna consulta médica con su EPS, con un psicólogo y otro profesional que dé lugar a que el juzgador de manera fehaciente llegue a la conclusión que el actor se vio afectado en su fuero interno, tal como ocurrió en el caso tratado en la citada sentencia de la Corte Suprema de Justicia.

La esposa del actor manifestó que el despido fue injusto y generó perjuicios ya que fue en una época de fin de año y además que su calidad de vida desmejoró significativamente; sin embargo, debe tenerse en cuenta que el actor llevaba apenas dos años vinculado con la entidad. Además, en lo que refiere a que el despido fue en época de compartir con la familia y que fue de manera desprevenida de un día para otro, o que no haya durado o no se haya prolongado en el tiempo conforme eran sus expectativas, ello no genera de por si los perjuicios morales, pues la estabilidad laboral no es absoluta.

Por lo anterior, se confirmará la decisión del a quo al respecto, pues de conformidad con el postulado "onus probandi" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C) el demandante no acreditó los perjuicios que al parecer le ocasionaron tras la ruptura del contrato de trabajo, más aún, debe tenerse en cuenta que tal como lo expreso la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la primera sentencia referenciada en este aspecto, *"toda pérdida del empleo produce frustración, tristeza o sentimientos negativos, tal situación no es la única que debe mirarse para imponer una condena por daño moral, ya que es necesario ponderar la forma como el trabajador se vio afectado en su fuero interno, y cómo la actividad de la empresa lo lesionó injustificadamente",* además de no encontrarse demostrado el nexo de causalidad entre al finiquito del contrato y la afectación de su fuero interno.

Por lo expuesto se sigue confirmar en su integridad la decisión de primer grado, pues, como se vio en ningún dislate incurrió.

6. Costas. Sin costas en esta instancia, ya que ambas partes fueron apelantes, y ninguno de los recursos prosperó. Las de primera se confirman.

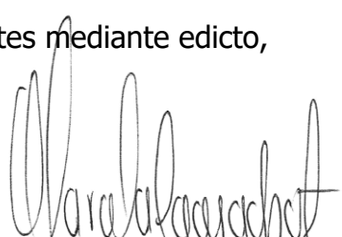
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 24 de enero del 2023, por el Juzgado Quince 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 FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	LIBIA YANETH MUÑOZ
Demandada:	LUIS ENRIQUE TORRA ROJAS Y OTRO.
Radicación:	13-2020-00299-01
Tema:	ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA- APELACIÓN DEMANDANTE

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería jurídica para actuar a la doctora ANGÉLICA MARÍA MUÑOZ LOZANO, identificada en legal forma, como apoderada de la parte demandante, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Libia Janeth Muñoz instauró demanda ordinaria contra Luis Enrique Torra Rojas como persona natural y representante de la Iglesia Cristiana Proyección de Alcance Internacional PAI, con el propósito de que se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 02 de enero de 2007 hasta el 23 de diciembre de 2017, el cual terminó de forma unilateral y sin justa causa, sin la autorización del Ministerio de Trabajo, para efectos de su desvinculación. En consecuencia, pidió que se ordene a la encartada el reintegro o reinstalación al cargo que venía desempeñando al momento del despido, con el consecuente pago de los salarios y prestaciones sociales legales dejadas de percibir, debidamente indexadas; que se condene al pago de la indemnización que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; que se condene al pago de la indemnización prevista en el artículo 216 del CST, lo ultra y extra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que: el 2 de enero de 2007 celebró contrato de trabajo a término fijo inferior a un año con Luis Enrique Torra Rojas, quien actuó como pastor de la Iglesia Cristiana Proyección de Alcance Internacional; que el contrato se prorrogó de manera automática sucesivamente y sin solución de continuidad hasta el 23 de diciembre de 2017; que el cargo desempeñado fue de oficios varios, devengando una asignación de un salario mínimo legal; que no se le realizó examen de ingreso y egreso, ni exámenes periódicos, ni evaluación del puesto de trabajo, así como tampoco se le entregó elementos de protección para evitar cualquier enfermedad de origen laboral; que el 11 de diciembre de 2017 la EPS MEDIMAS remitió a la Iglesia Cristiana Proyección de Alcance Internacional unas recomendaciones laborales por el término de tres meses, esto es, en vigencia de la relación laboral; que los demandados no dieron cumplimiento a las recomendaciones laborales y por el contrario, el 23 de diciembre de 2017 fue despedida en razón y con motivo de su enfermedad; que el 11 de diciembre de 2017 la EPS MEDIMAS solicitó documentación para la calificación

del origen de la presunta enfermedad laboral; que los demandados en vigencia de la relación laboral incumplieron con el sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo; que el 30 de abril de 2018 la EPS MEDIMAS emite dictamen, donde determina que padece de síndrome del túnel carpiano bilateral de origen laboral; que por motivo de la terminación del contrato quedó sin afiliación a la EPS y ARL, así como tampoco pudo continuar con el trámite respectivo ante la ARL para la calificación respectiva y posterior indemnización a que hubiere lugar; que cuenta con 53 años de edad y por su condición de salud no pudo volver a emplearse, así como tampoco ha recibido indemnización alguna por parte de la ARL. (Expediente digital, PDF 02 y 09, pág. 1 a 13 y 1 a 15).

2. Contestación Luis Enrique Torra Rojas en nombre propio y en representación de la Iglesia Cristiana Proyección de Alcance Internacional PAI. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada aduciendo que el demandado Luis Enrique Torra Rojas como persona natural nunca firmó contrato laboral con la demandante, sino que lo hizo como representante legal de la Iglesia Cristiana Proyección de Alcance Internacional PAI, además que no se firmó contrato a terminó indefinido desde el 02 de enero de 2007, sino que se suscribieron contratos a término fijo inferior a un año, los cuales a la fecha de vencimiento fueron liquidados y se hizo el pago de los salarios y prestaciones sociales correspondientes; que la terminación del contrato fue por expiración del plazo pactado; que la demandante nunca alegó ante su empleador la situación de vulnerabilidad que aduce haberse encontrado; que la demandada no es responsable de la supuesta enfermedad que adquirió y padece la actora. Como excepciones de mérito rotuló las de caducidad de la acción, prescripción de la acción de reliquidación de acreencias laborales reclamadas, cobro de lo no debido, y pago de las acreencias laborales de cada contrato de trabajo. (Expediente digital, PDF 001, pág. 152 a 181).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 02 de diciembre del 2022, en la que la falladora absolvió a la Iglesia Cristiana Proyección de Alcance Internacional – PAI- y a Luis Enrique Torra Rojas de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante Libia Janeth Muñoz; declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, y se abstuvo de imponer costas.

Para arribar a tal determinación se propuso verificar cuál fue la modalidad del contrato laboral que unió a las partes, y si el vínculo finalizó sin justa causa y de manera unilateral por el empleador. Así mismo, si al momento del finiquito de la relación laboral la trabajadora contaba con estabilidad laboral reforzada y en caso afirmativo el reintegro a su lugar de trabajo. Con tal propósito, afirmó que, de la prueba documental se observa que la demandante suscribió contratos de trabajo a término fijo, siendo el último el que va del 16 de enero de 2017 al 23 de diciembre de 2017, además que la demandante en el interrogatorio manifestó que cuando culminaban los contratos le pagaban la liquidación, por lo que, no hay lugar a declarar la existencia de un único contrato de trabajo desde el 02 de enero de 2007 hasta el 23 de diciembre de 2017.

Sentado lo anterior y 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, concluyó que, si bien la parte demandante allega unas recomendaciones laborales, no se demuestra que las mismas hayan sido colocadas en conocimiento del empleador, y ciertamente en el interrogatorio de parte el representante legal de la demandada adujo que la demandante le había enseñado unas recomendaciones; sin embargo, precisó que tales recomendaciones no estaban dirigidas a la iglesia sino a ella; ahora también es cierto que se allegó un dictamen de determinación del origen de la enfermedad, esto es, síndrome del túnel carpiano, pero tal dictamen solo fue conocido por el empleador con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo; manifestó la a quo que los documentos aportados al proceso no alcanzan a demostrar el

estado de salud padecido por la demandante al momento de la terminación del contrato; que en una respuesta Medimas hace relación de unas incapacidades pero las mismas no obran en el plenario, por lo que no se puede determinar por cuanto tiempo, cuantos días y el motivo de la expedición de las mismas; que el testigo solo fue de oídas, además de referir que ciertos aspectos se los contó la demandante cuando le pidió que fuera testigo en el proceso; que obra un documento del 13 de diciembre de 2017, relativo a un derecho de petición de Medimas EPS, con el cual se puede indicar que el empleador tenía conocimiento del estado de salud de la actora, empero, debe tenerse en cuenta que desde el 15 de noviembre de 2017 se le había comunicado a la trabajadora la terminación del contrato por vencimiento del plazo, es decir, la terminación del contrato fue por vencimiento del plazo y no por su estado de salud.

En conclusión, consideró que al momento del despido no se encontraba en situación de discapacidad o pérdida de capacidad laboral en un grado significativo, por lo cual no era beneficiaria de la protección de estabilidad ocupacional. (Expediente digital, audio No 43, y acta de audiencia archivo No 42)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión la **demandante** formuló recurso de apelación manifestando que el juzgado no tuvo en cuenta que la parte demandada no logró desvirtuar la presunción de la cual es beneficiaria, puntualmente la presunción de que el despido se produjo o tuvo como causa la situación de debilidad o el fuero de salud; que su estado de salud era un acto o un hecho conocido por la parte demandada, además que al momento de terminar el vínculo laboral se encontraba en un trámite o proceso de calificación, lo que, es indicativo de que tenía un quebranto salud y además da a entender que la parte demandada ya conocía el estado de salud; que la terminación del vínculo contractual trunca la posibilidad acceder a las prestaciones del sistema de seguridad social integral y no permite dar fin al trámite de calificación de pérdida de la capacidad laboral y poder identificar su origen porque una vez desafiliada del sistema, no puede continuar con el trámite ante la respectiva EPS y ARL; que las pruebas documentales aportadas por Medimas EPS y la ARL dan cuenta que la Iglesia demandada si conocía la situación;; que la parte demandada en el interrogatorio admitió las recomendaciones, quizá no conocía el detalle pero lo cierto es que tuvo conocimiento; que se reconoció la existencia de incapacidades en el marco de la relación laboral; que la a quo toma la decisión siguiendo el criterio del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral, pero no hay que dejar de lado también los pronunciamientos que ha emitido la Corte Constitucional, quien actúa como garante de derechos fundamentales, y puntualmente para casos como el particular la enfermedad todavía persiste y prueba de ello también lo puede constituir el dictamen del año 2018 emitido por Medimas EPS, el cual da cuenta que a pesar de que se extinguió el vínculo la enfermedad todavía ha persistido.

5. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal la demandada solicitó que se confirme la decisión de instancia, dado que no se demuestra con las pruebas allegadas que la parte actora se encuentre en estabilidad laboral reforzada por fuero de salud que conlleve al reintegro. Ahora, frente al documento que allega manifestando que debe declararse desierto el recurso de apelación propuesto por la demandante por no haber presentado los alegatos de segunda instancia, se dirá que ello no es procedente, dado que la oportunidad que se le otorgó a las partes mediante auto del 13 de enero de 2023, lo fue para hacer las alegaciones en segunda instancia, es decir, reforzar los argumentos de la apelación realizada en la audiencia de primera instancia, pero el hecho de no hacer uso de tal oportunidad no permite declarar desierto el recurso, pues no hay disposición legal en materia laboral que así lo disponga.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos. 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? Para tal fin deberá examinarse (ii) ¿La terminación de la relación laboral obedece a una causal objetiva y no como consecuencia de sus patologías?

3. Relación laboral, su modalidad, y extremos temporales. No existe controversia respecto a que la actora prestó sus servicios a través de sendos contratos a término fijo para la demandada IGLESIA CRISTIANA PROYECCIÓN DE ALCANCE INTERNACIONAL - PAI desde el 02 de enero de 2007 hasta el 23 de diciembre de 2017, siendo su último vínculo el que va desde el 16 de enero de 2017 hasta el 23 de diciembre de 2017, tal como lo consideró la a quo, sin que fuere materia de controversia por las partes, y en todo caso, se encuentra acreditado con la prueba documental (Fols. 1 a 31 archivo No 19), contentiva de los contratos de trabajo, y la liquidación final de prestaciones (Fol. 34 archivo No 19), en ese orden, la discusión radica en sí para la fecha en que finalizó el contrato de trabajo la actora se encontraba amparada por el fuero de estabilidad ocupacional reforzada.

4. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si la IGLESIA CRISTIANA PROYECCIÓN DE ALCANCE INTERNACIONAL – PAI actúo 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 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 23 de diciembre de 2017.

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 del trabajador 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 la 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.

Igualmente, en reciente sentencia la Corte Constitucional -SU087 de 2022-, delimita un listado, aunque no taxativo, pero sí de referencia para establecer cuando un trabajador se encuentra o no amparado por la garantía de estabilidad laboral reforzada, precisando inicialmente que la condición de salud debe impedir o dificultar significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades.

Supuesto	Eventos que permiten acreditarlo
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido[43]. (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral[44]. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico[45]. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido[46].

Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental[47]. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad[48]. (c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL[49].
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%[50]. (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto[51].

Descendiendo al *sub judice*, se revisó si al 23 de diciembre de 2017, fecha de la terminación del contrato laboral, efectivamente la demandante se encontraba en un estado de debilidad manifiesta suficiente para configurar el fuero de salud, advirtiéndose que no se encuentran documentadas incapacidades en favor de la actora durante *"varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral"* conforme expone la Corte Constitucional en la sentencia atrás referida. La Sala no puede asumir la existencia de incapacidades con la simple manifestación realizada por el representante legal de la accionada, pues si bien aquel dijo que la actora *"nos llegó con algunas incapacidades de uno, dos, tres días"*, no se tiene certeza de cuándo fueron otorgadas, el diagnóstico y si aquellas fueron constantes o esporádicas, máxime si se tienen en cuenta que el deponente dijo que "la incapacidad decía por enfermedad general", por lo que, no se puede deducir la existencia de "el diagnóstico de la enfermedad y el consecuente tratamiento médico" exigido jurisprudencialmente, y mucho menos dar por sentado que el empleador era conocedor de su estado de salud en la magnitud a que alude en el libelo genitor, y por ende, de ninguna manera puede dársele la razón al censurante al mencionar que la actora gozaba de estabilidad ocupacional reforzada, ya que ninguna documental soporta la evolución del diagnóstico de "Síndrome del Túnel Carpiano (Bilateral)" en fecha anterior a la finalización del contrato de trabajo.

Ahora, refiere la actora que el 11 de diciembre de 2017 MEDIMAS EPS entregó a la demandada unas recomendaciones laborales por el término de tres meses, esto es, en vigencia de la relación laboral; no obstante, no se evidencia en el cartapacio que las recomendaciones (Fol. 3 archivo No 03) hayan sido entregadas a la entidad demandada, pues no existe soporte documental del mismo. Ahora, ciertamente el representante legal hizo alusión a que se enteró de las recomendaciones, pero fue preciso en indicar que "son recomendaciones directamente a ella", esto es, de postura, su manejo para subir escaleras, entre otras. La Sala una vez revisada la referida documental, encuentra que de allí no puede colegirse la afectación de su estado de salud y que tal afectación le impidiera o dificultara ejecutar la labor de manera trascendental, ya que en gracia de discusión, se aprecia que son recomendaciones generales, incluso se dice en el documento que son para "las actividades de la vida diaria", y más adelante menciona "Las recomendaciones laborales no son restricciones", lo que connota, al igual como lo dijo el representante legal que tales recomendaciones no exteriorizan el estado de salud a que alude la actora y que la coloquen en la estabilidad laboral reforzada.

En efecto, tal como lo dijo el representante legal, las recomendaciones se circunscriben a aspectos generales acerca de cómo desarrollar la labor, mas no son restricciones, ni tampoco dan cuenta por sí solas de la afectación de su estado de salud en magnitud importante que haga inferir a la sala la estabilidad ocupacional reforzada:

Se realizar de forma moderada actividades que impliquen movimiento repetitivo y agarre a nivel de manos y dedos.

Se sugiere alternar miembros superiores en el desarrollo de sus actividades.

Se sugiere levantar y trasladar cargas pesadas de forma moderada, se recomienda realizar el levantamiento de la carga doblando las rodillas, con la espalda recta y la cabeza levantada apoyando los dos pies los cuales deben estar ligeramente separados, agarrar el peso con los brazos manteniéndolo cerca al cuerpo y levantarse estirando las piernas con la espalda recta o ligeramente arqueada hacia atrás, los pies deben estar próximos al objeto.

Tenga precaución en el ascenso y descenso de escaleras. En este tipo de actividad recuerde apoyar primero la pierna menos afectada, realizando la mayor fuerza en ella y apoyándose en los barandales, sin ejecutar esta actividad de forma repetitiva.

Al realizar trabajos en posición bípeda (de pie) coloque un pie más adelante que el otro e intercámbielos continuamente. Alterne postura bípeda a sedente durante la jornada laboral.

Se sugiere realizar en casa ejercicios de movilidad articular, estiramientos generalizados y fortalecimiento muscular para miembros superiores e inferiores.

Se sugiere disminuir movimiento repetitivo y concentración de movimiento de rodillas.

Por otro lado, manifiesta la actora que fue calificada con el diagnostico "G560 SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO (BILATERAL)" de origen laboral; empero, tal calificación (Fols. 9 a 12 Archivo No 03) emitida por MEDIMAS EPS data del 30 de abril de 2018, es decir, fue realizada con posterioridad a la finalización del vínculo laboral (23 de diciembre de 2017), e incluso, se comunicó al demandado el 24 de mayo de 2018 (Fol. 1 archivo No 33), aunado a que, en tal dictamen no se determina el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, sino solo el origen de la misma, y si bien, se determinó que el diagnóstico calificado es de origen laboral, no logra extraerse de allí la existencia del *"diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido",* y menos aún se desprende "*la relación entre el despido y las afecciones en salud"*, lo que hace que se desvanezca por completo el recurso de alzada, pues aquel solo hace hincapié en la enfermedad y por ello no puede deducirse la afectación grave en su salud como producto de su enfermedad SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO (BILATERAL); ahora, como quiera que el dictamen se efectuó con posterioridad a la terminación del vínculo laboral, y en época anterior a la finalización del contrato de trabajo no se acreditan incapacidades o afectación en su salud por su diagnóstico calificado, se estima que no podía el empleador suponer o inferir la afectación en su salud, pues se itera, no se exteriorizó en el ámbito laboral esa afectación que luego fue calificada como de origen laboral.

Frente a la comunicación del 13 de diciembre de 2017 (Fol. 1 archivo No 33), con la cual la parte actora edifica su postura de que el empleador tenía conocimiento de su estado de salud y de las recomendaciones, acota la Sala que tal documento hace referencia a un derecho de petición de MEDIMAS EPS a la demandada, solicitándole documentos para la calificación del origen de la "presunta enfermedad laboral" de la actora, como la "matriz de riesgo o panorama de factores de riesgo", entre otros, pero allí nada se dice respecto de la afectación en el estado de salud de la demandante, o que efectivamente se le hayan puesto en conocimiento las recomendaciones laborales, por lo que, de ninguna manera puede arribarse a la conclusión querida por la parte activa, pues a pesar de que en el documento se registra que la patología es SÍNDROME DEL TÚNEL CARPIANO (BILATERAL), en modo alguno puede desprenderse o darse por acreditado que tal diagnóstico le impidiera o dificultara ejecutar la labor en condiciones regulares, máxime si no se cuenta con incapacidades, restricciones o recomendaciones laborales que hayan sido de conocimiento del empleador previo a la calenda en que se puso fin al contrato de trabajo.

Por lo anterior, si bien esta Sala de Decisión, acoge la postura de la Corte Constitucional en el sentido que para efecto de la estabilidad laboral reforzada por salud, no se requiere de calificación de pérdida de capacidad laboral, contrario a lo sostenido por la a quo, si es necesario demostrar que la afectación en su salud le impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones normales, situación que no se logra acreditar con la prueba documental adosada al legajo, máxime que para la fecha en que se presentó la terminación del contrato de trabajo no se encontraba en incapacidad, o pendiente de algún tratamiento médico que haya sido comunicado al empleador.

En este punto, no puede olvidarse que la finalidad de la protección es salvaguardar derechos fundamentales, y por ende, dar continuidad a la relación laboral para que pueda continuar los tratamientos médicos, o no quede al vaivén de las circunstancias su estado de salud, situación que no acontece en el sub judice, pues se repite, del diagnóstico y demás documentales no brota palmario que su salud se hubiere afectado sustancialmente para la calenda en que finalizó su contrato de trabajo, por ende, no se configura la protección reforzada que exige la Corte Constitucional.

Finalmente, ha precisado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL711-2021) en derredor a la finalización del contrato de trabajo a término fijo y la estabilidad ocupacional reforzada que:

> *"acorde con el actual criterio de la Corte, plasmado en la sentencia SL2586-2020, se indicó que, si bien en los contratos de trabajo a término fijo la expiración del plazo es un modo legal de terminación del vínculo, sólo se tendrá como causal objetiva, si se demuestra la extinción de las causas que le dieron origen al contrato u ocaso de la necesidad empresarial, pues si ello no ocurre, se presume que la decisión de no renovar el contrato estuvo revestida de una conducta discriminatoria.*
>
> *Pero habría que precisar, que ello solo es aplicable en los casos de trabajadores con discapacidad, es decir, aquellos a quienes logren acreditar que se encuentran en los rangos de protección aceptados por la jurisprudencia de la Corte, y no que opere en este tipo de vínculo frente a cualquier afectación a la salud.*

Igualmente, la Corte Constitucional en sentencia T020-2021 adoctrinó lo siguiente:

> *"En el caso de los contratos laborales a término fijo, por obra o labor, "(…) el vencimiento del [plazo] pactado o el cumplimiento de la condición no constituye una justa causa para su terminación (…)". De manera que el empleado "tiene el derecho a conservar su trabajo aunque el término del contrato haya expirado o la labor haya finiquitado" si ha cumplido adecuadamente sus funciones y si la labor o el servicio se mantiene en el tiempo.*
>
> (…)
>
> *El juez constitucional debe verificar: (i) que la condición de salud del trabajador le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus funciones; (ii) que dicha circunstancia sea conocida por el empleador con anterioridad al despido; y, (iii) que no exista una causal objetiva que fundamente la desvinculación".*

En el sub examine, de ninguna manera podía considerarse que la decisión de finalizar el contrato de trabajo por expiración del plazo pactado fue discriminatoria, dado que como se dilucido en líneas anteriores, no se demostró que previo a la terminación del contrato estuviera la actora afectada en su salud y que de ello era conocedor el empleador, además ni aceptando que el empleador tuvo conocimiento de las recomendaciones laborales el del 13 de diciembre de 2017 (Fol. 1 archivo No 33), puede sostenerse que la terminación lo fue motivado por su estado de salud o que haya sido discriminatorio, ya que el preaviso de no renovación del contrato de trabajo le fue comunicado el 15 de noviembre de 2017 (Fol. 33 archivo No 19), es decir, mucho antes de que haya tenido conocimiento el empleador de las recomendaciones laborales que en todo caso resultan generales y no impiden la ejecución de la labor en condiciones normales.

Por las anteriores razones no queda otro camino que despachar de manera desfavorable la censura de la parte demandante, y de contera confirmar el fallo de primer grado, en el que, con acierto, se consideró que la actora no se encontraba protegida por la estabilidad ocupacional reforzada por fuero de salud.

5. 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 02 de diciembre del 2022, por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por las razones aquí expuestas.

SEGUNDO: **SIN CONDENA** en costas en esta instancia, por no haberse causado. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

***-**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 ALEJANDRO RINCÓN VEGA
Demandada:	GUILLERMO SANABRIA CONSTRUCCIONES S.A.S.
Radicado No.:	11001-31-05-012-2019-00050-01
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- CONSULTA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. José Alejandro Rincón Vega instauró demanda ordinaria contra Guillermo Sanabria Construcciones S.A.S., con el propósito de que se declare que entre las partes existió un contrato laboral desde el 9 de diciembre del 2015 al 16 de febrero de 2016, que recibía por concepto de salario la suma mensual de $1.200. 000.oo. Que como consecuencia de lo anterior pide se condene a la demandada al pago de prestaciones sociales, vacaciones, la sanción moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por despido indirecto y la indexación.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que entre las partes existió un contrato verbal para el desarrollo de contratos que la demandada tenía en el municipio de Gramalote Norte de Santander. Laboró desde el 9 de diciembre de 2015 al 16 de febrero de 2016 percibiendo un salario de $1.200.000 durante toda la relación laboral pagadero en forma quincenal. Cumplió un horario de 7 am a 12m y de 1pm a 5pm. Afirma que a la fecha la empresa no le ha pagado las prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social del tiempo en que estuvo vigente la relación laboral.

2. Contestación de la demanda. Al dar respuesta aceptó la relación laboral y el extremo inicial. Frente al extremo final del vínculo indicó que lo fue hasta el 2 de febrero de 2016 y que el salario pactado fue por la suma de $1.000.000. Afirma en su defensa que el contrato fue debidamente liquidado y que pagó todas las prestaciones sociales, vacaciones y efectuó los aportes a seguridad social como se comprueba en la documental aportada. Propuso las excepciones previas de incapacidad o indebida representación del demandante y la de prescripción, resueltas en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS celebrada el 01 de agosto de 2022; la primera declarándose no probada y la segunda ordenando su resolución al momento de proferirse la sentencia en la medida que había discusión frente al extremo final de la relación laboral. De fondo propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, compensación, temeridad o mala fe del demandante, prescripción e innominada o genérica.

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de abril del 2023, en la que la falladora absolvió de las pretensiones a la demandada y condenó en costas a la parte actora.

Para arribar a tal determinación, indicó como problema jurídico determinar el extremo final de la relación laboral, como quiera que no exista discusión en que el extremo inicial fue el día 09 de diciembre de 2015. Si como consecuencia de ello hay lugar a ordenar el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, indemnización por despido indirecto, indemnización moratoria e indexación. Con tal propósito, citó el artículo 24 del CST, así mismo, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia 44321 del 24 de octubre de 2014. Hizo un análisis de los interrogatorios de parte practicados y la prueba testimonial.

Valoró las pruebas aportadas por las partes para precisar que conforme al acervo probatorio se logró demostrar que la actora prestó sus servicios personales a favor de la encartada pues no fue objeto de litigio. Determinó como fecha final del vínculo el 2 de febrero de 2016 por estar probada con la carta de renuncia presentada por el actor. En cuanto al salario indicó que se probó que devengaba la suma de $1.000.000 valor sobre el cual la demandada efectuó la liquidación de las prestaciones del actor. Estableció que con la prueba documental allegada por las partes se logró demostrar el pago de las prestaciones sociales, vacaciones y los aportes a seguridad social. Asimismo, efectuó la liquidación del contrato determinando que existe una diferencia a favor de la accionada por lo que se demuestra el cumplimiento de las obligaciones por parte de ésta. Por último, absolvió a la demandada de la indemnización por despido indirecto. Condenó en costas a la parte actora. Al no ser apelada la sentencia se concedió el grado jurisdiccional de consulta.

5. Alegatos de conclusión. La parte demandada solicita se confirme la decisión de primera instancia al considerar que quedó plenamente probado reconocimiento y pago de todas las prestaciones laborales del actor.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

7. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes **problemas jurídicos**: (i) ¿Cuál fue el extremo final del vínculo laboral suscitado entre las partes y el salario pactado? (ii) ¿Le asiste derecho al demandante al reconocimiento y pago de prestaciones sociales, vacaciones y demás emolumentos señalados en el escrito genitor?

8. Contrato de trabajo, cargo y extremo inicial. Es preciso señalar que no hubo discusión frente a la prestación del servicio del demandante en favor de la accionada como tampoco sobre el extremo inicial de la relación laboral, esto es, el 9 de diciembre de 2015, situaciones fácticas que fueron aceptadas por la accionada y debidamente comprobadas con el caudal probatorio. También quedó plenamente acreditado, por ser aceptado por las partes, que el actor se desempeñó en el cargo de oficial de construcción en una obra que se ejecutó en la ciudad de Gramalote Norte de Santander.

9. Extremo final del vínculo laboral. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es del caso precisar que, mientras la parte actora aduce haber

laborado hasta el 16 de febrero de 2016, la accionada se opone señalando que el vínculo feneció el 2 de febrero de la misma anualidad. Así, compete a las partes, en virtud del principio de carga de la prueba a que se refiere el artículo 167 del CGP, no solo referir la fecha final de la relación laboral, sino aportar los elementos de juicio que acrediten tal circunstancia. Revisados los documentos aportados y escuchados los interrogatorios de parte y la prueba testimonial practicada en audiencia, la parte actora no desplegó actividad probatoria tendiente a establecer su dicho sobre este aspecto. En su lugar se logró establecer con la documental que obra a folio 54, liquidación del contrato de trabajo, y la carta de renuncia de folio 58, que el vínculo feneció el 2 de febrero de 2016.

10. Salario. En orden de verificar el salario devengado durante el tiempo en que el actor prestó sus servicios, se observa que al plenario se allegaron cuatro desprendibles de nómina y la liquidación del contrato en los que se relaciona como salario básico la suma de $1.000.000 En conclusión, este valor será el que se tenga en cuenta para liquidar las acreencias laborales a que haya lugar.

11. Acreencias laborales adeudadas. En cuanto al segundo problema jurídico a resolver, esto es, si hay lugar a ordenar el pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social causados en vigencia del contrato, se analizará de la siguiente manera:

11.1. Auxilio de Cesantías. Todo empleador está obligado a pagar a sus trabajadores y a las demás personas que se indican en este capítulo, al terminar el contrato de trabajo, como auxilio de cesantía, un mes de salario por cada año de servicios y proporcionalmente por fracción de año (Art. 249 CST). Para liquidar el auxilio de cesantías debe tomarse como base el último salario mensual, siempre y cuando éste no haya tenido variación en los 3 meses anteriores. En el caso contrario, y en el de los salarios variables se tomará como base el promedio mensual de lo devengado en el último año de servicios o en todo el tiempo servido si fuese menor de un año. (Art. 253 CST). El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar el auxilio de cesantía, sin embargo, para que sea tomado en cuenta deberá demostrarse que fue percibido, toda vez que no se reclama su pago en la presente Litis.

Revisado el plenario se advierte que no hay lugar a ordenar el pago de esta prestación como acertadamente lo indicó la juez de primera instancia, toda vez que dicho pago se encuentra plenamente demostrado con la liquidación de contrato No. 67 del 2 de febrero de 2016 y los extractos bancarios aportados.

11.2. Intereses a las cesantías. El empleador que esté obligado al pago de cesantías deberá pagar a sus trabajadores intereses sobre las mismas, lo cual se encuentra vigente desde la Ley 52 de 1975. Actualmente, se encuentran contenidos en el numeral 2 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, en el que se señala *"El empleador cancelará al trabajador los intereses legales del 12% anual o proporcionales por fracción, en los términos de las normas vigentes sobre el régimen tradicional de cesantía, con respecto a la suma causada en el año o en la fracción que se liquide definitivamente."*

Conforme a lo anterior, los trabajadores que tengan derecho al pago de cesantías tienen derecho a que se les pague un interés del 12% anual a más tardar el 31 de enero de cada año, sobre la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior. El valor de los intereses será el resultado de multiplicar la suma que el trabajador cause por concepto de cesantías el año inmediatamente anterior, por la tasa de interés del 12% anual y se divide por 360 días.

Revisada la documental aportada se advierte que esta prestación se encuentra liquidada y pagada al actor como consta en la liquidación del contrato No. 67 y los extractos bancarios aportados.

11.3. Prima de servicios. El empleador está obligado a pagar a su empleado la prima de servicios que corresponde a 30 días de salario por año, la cual deberá reconocerse en dos pagos, así: (i) 15 días de salario los cuales deberá pagar a más tardar el 30 de junio y (ii) los otros 15 días deberá cancelarlos los 20 primeros días de diciembre. Su reconocimiento se hará por todo el semestre trabajado o proporcionalmente al tiempo trabajado (Art. 306 CST). El salario base de liquidación es el promedio de lo devengado en el respectivo semestre o en el lapso trabajado. El auxilio de transporte forma parte de la base para liquidar la prima de servicios, siempre que se demuestre que lo haya devengado.

Esta prestación se encuentra liquidada y pagada al actor, conforme se comprueba con el desprendible de folio 94 y la liquidación del contrato No. 67 y los extractos bancarios aportados al proceso.

11.4. Vacaciones. Todo empleador está obligado a conceder a sus trabajadores por cada año de servicios, quince (15) días hábiles consecutivos de vacaciones remuneradas. El empleador debe señalar la época de las vacaciones dentro del año siguiente a aquel en que se causaron, y deben concederse 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.

Esta prestación se encuentra liquidada y pagada al actor conforme consta en la planilla de nómina del periodo comprendido entre el 16 de diciembre de 2015 al 30 de diciembre de 2015.

11.5. Aportes al sistema de seguridad social. Frente a esta pretensión, conviene recordar que el artículo 23 del Decreto 1703 de 2002, permitió a los contratistas efectuar el pago de sus cotizaciones al sistema de seguridad social integral sobre el 40% de la totalidad de ingresos percibidos en el ejercicio de sus funciones, empero, tratándose de trabajadores en desarrollo del vínculo contractual su aporte debe atender el 100% del salario devengado, sobre el cual debe aplicarse un 12.5% como aporte al sistema de salud, del cual corresponde el 4% al trabajador y el 8.5% al empleador, conforme a lo preceptuado en el artículo 10 de la Ley 1122 de 2007, que modificó el art. 204 de la Ley 100 de 1993; y un total de 16% como aporte en el sistema pensional, correspondiéndole un 4% al trabajador y del 12% al empleador, en consonancia con lo establecido en el Decreto 4982 de 2007.

La afiliación y el pago de aportes a seguridad social en salud, pensión y riesgos laborales se encuentran acreditados con las incapacidades aportadas al proceso, certificación miplanilla.com, historia laboral expedida por Colpensiones y los desprendibles de nómina donde consta los descuentos por estos conceptos.

11.6. Indemnización moratoria. Teniendo en cuenta que se logró demostrar el pago de todas las prestaciones reclamadas por el actor, no hay lugar a entrar a estudiar la **i**ndemnización que se deriva del no pago de acreencias laborales.

11.7. Indemnización por despido indirecto El demandante argumentó en su libelo introductor que se dan las condiciones para que sea condenada a la encartada al pago de la citada indemnización, argumentando que, ante su irresponsabilidad en la atención a la normatividad legal vigente para la seguridad industrial, riesgos laborales, salud y pensión se vio abocado a renunciar en aras de conservar su seguridad física.

El artículo 64 del CST, estable que, en caso de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobada, por parte del empleador o si éste da lugar a la terminación unilateral por parte del trabajador por alguna de las justas causas contempladas en la ley, el empleador deberá reconocer la indemnización allí dispuesta. El parágrafo del artículo 62 y el artículo 66 del CST establece que, 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 culminación unilateral de la relación de trabajo (C-594-97).

Conforme a lo atrás dicho, se advierte que el demandante no cumplió con la aducida carga probatoria, pues al revisar la carta de renuncia aportada al proceso, el actor no indicó los motivos de su decisión, simplemente a renglón seguido señala su agradecimiento y la oportunidad que le brindaron de trabajo y haberlos conocido. En estas condiciones no existe prueba que su decisión de renunciar haya sido por causa del empleador, por lo que la súplica está llamada al fracaso.

11.8. Costas. Se confirman las costas impuestas en primera instancia a cargo de la parte actora y en favor de la demandada. En este grado jurisdiccional de consulta sin condena en costas.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de abril de 2023, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, conforme las consideraciones vertidas en el presente proveído.

SEGUNDO: En este grado jurisdiccional de consulta sin condena en costas.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

PROCESO: ***ORDINARIO LABORAL***
DEMANDANTE: ***LEONEL ÁLVAREZ BUSTOS***
DEMANDADO: ***ARIAS FONSECA S.A.S.***
RADICACIÓN: ***110013105-011-2021-00486-01***
ASUNTO: ***CONSULTA SENTENCIA***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Leonel Álvarez Bustos instauró demanda ordinaria contra Arias Fonseca S.A.S., con el fin de que el contrato de trabajo a término indefinido declarado por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, se dio por terminado al haberse otorgado la pensión de invalidez por parte de Colpensiones, en consecuencia, se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la sanción por no pago de las cesantías, desde el inicio de la relación laboral – 1 de diciembre de 2003- y hasta el pago de la sanción; al reconocimiento y pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso con radicado No 2017-00535, profirió sentencia del 06 de noviembre de 2018, en la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1 de diciembre de 2003, y perduraría hasta su terminación por causa legal; que la citada providencia ordenó el reintegro a un cargo de igual o mejor al que venía desempeñando teniendo en cuenta la discapacidad y restricciones médicas; que mediante resolución SUB269574 del 26 de octubre de 2018, Colpensiones le reconoció la pensión de invalidez, siendo ingresado en nómina de pensionados desde esa calenda; que la entidad demandada dio por terminado su contrato de trabajo por haberse otorgado la pensión de invalidez; que ante la terminación del contrato surge la obligación de cancelar los emolumentos derivados de dicha terminación, esto es, el pago de las cesantías, así como su sanción por no pago oportuno. (Fols. 1 a 10 archivo No 04).

2. Contestación ARIAS FONSECA S.A.S. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que la terminación del contrato de trabajo aconteció el 30 de septiembre de 2019, al habérsele reconocido la pensión de invalidez; que no hay lugar a la sanción por no pago de las cesantías, ni sanción del artículo 65 del CST, debido a que estas fueron pagadas oportunamente conforme lo ordenado por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá. Como excepciones de mérito rotuló las de cosa juzgada, pago oportuno de todas y cada una de las condenas declaradas en la sentencia, pago oportuno de todas y cada una de las prestaciones sociales, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización considerada en el artículo 65 del CST, inexistencia de la obligación de pagar la indemnización considerada en el artículo 99

de la Ley 50 de 1990, cobro de lo no debido y, prescripción de la acción. (fols. 1 a 19 archivo No 07, y fol. 1 a 2 archivo No 09)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de octubre de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró terminado el contrato de trabajo que existió entre Leonel Álvarez Bustos y Arias Fonseca Ltda, a partir del 30 de septiembre de 2019; declaró probado los hechos sustento de las excepciones de mérito denominadas inexistencia de la obligación de las sanciones del artículo 65 del CST y la del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la de cobro de lo no debido; absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas por el actor, condenándolo en costas.

Fundamentó su decisión, en que, en el plenario obra carta del 07 de noviembre de 2019, mediante la cual el empleador le comunicó la terminación del contrato de trabajo a partir del 30 de septiembre de 2019 en razón a que venía gozando de la pensión de invalidez reconocida por Colpensiones, cuya inclusión en nómina fue en octubre de 2018, por lo que, la pretensión primera relativa a que se declare la terminación del contrato el 30 de septiembre de 2019 sale avante. Adujo al respecto que el actor no presenta ningún reproche frente a la finalización del contrato de trabajo.

Ahora, en lo que respecta a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, manifestó que obra documental relativa a un depósito judicial en el que se canceló la totalidad de prestaciones y emolumentos hasta septiembre del año 2019, dando cumplimiento a la sentencia del Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, razón por la que, no se observa tardanza o conducta de desidia del empleador que merezca tal condena.

Frente a la sanción por falta de consignación de las cesantías en un fondo o a la terminación del vínculo laboral, consideró que tampoco está llamada a prosperar, pues si bien el empleador se sustrajo de su obligación de consignar las cesantías a un fondo cada 14 de febrero, lo cierto es que, su obligación surgió con ocasión al pronunciamiento realizado por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá al declarar la existencia de la relación laboral, decisión que fue cumplida por el empleador; ahora, en lo que concita al cumplimiento de esa obligación a la terminación del contrato, se demostró por la encartada el pago, por lo que, no prospera tal pretensión. (Fol. 1 a 4 archivo No 13 con audiencia virtual archivo No 12)

5. Impugnación y límites del ad quem. Ninguna de las partes presentó recurso de apelación, enviándose el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala de Decisión Laboral, para surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad legal, ninguna de las partes presentó alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Grado jurisdiccional de consulta. La sentencia se revisará en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la parte demandante, de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 69 del CPTSS.

2. Problemas jurídico: Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes problemas jurídicos: (i) ¿La terminación del contrato de trabajo se presentó ante el otorgamiento de la pensión de invalidez al demandante por parte de Colpensiones? En consecuencia, (ii) ¿Hay lugar a la condena por indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?, y (iii) ¿Procede la indemnización de que trata el artículo 65 del CST?

3. Relación laboral, su modalidad y extremos temporales. Para resolver el problema jurídico que concita la atención de la Sala, es preciso señalar que las partes no cuestionan las reflexiones del Juez primigenio en torno a la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales, esto es, que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, entre el 03 de diciembre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2019. Ello por cuanto a que dichas situaciones fácticas no solo fueron aceptadas en la contestación de la demanda (Fol. 6 archivo No 07), sino, además, porque en estricto sentido no se encuentra que exista disenso frente a este tópico, pues la pretensión primera declarativa lo que implora es que se declare que el contrato terminó por el reconocimiento de la pensión de invalidez, aspecto que incluso la misma parte demandante así lo decanta al referirse a la resolución SUB269574 del 26 de octubre de 2018.

Ahora, debe precisar la Sala que en modo alguno el actor pone en tela de juicio tal modo de terminación del contrato de trabajo, esto es, no pretende que se declare que el mismo finalizó sin justa causa ni de manera consecuencial implora la indemnización por despido sin justa causa, pues lo que se logra extraer del libelo genitor y de la pretensión primera declarativa, es someter a estudio la indemnización por falta de pago de las cesantías a un fondo y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, debido a que, tales suplicas fueron despachadas de manera desfavorable por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá en la sentencia proferida el 06 de noviembre de 2018 bajo el raciocinio de que al haberse declarado la existencia del contrato de trabajo y ordenado su reintegro, no son procedentes, pues el contrato de trabajo estaba vigente, aunado a que, en el caso particular de las cesantías adujo que se genera ante el incumplimiento del pago total y no parcial, y el incumplimiento del pago total solo se verifica a la terminación del vínculo laboral (Fols. 34 a 42 archivo No 07).

En ese orden, como quiera que se constata que la finalización del vínculo laboral aconteció el 30 de septiembre de 2019 (Fol. 48 archivo No 07), en razón a que le fue reconocida la pensión de invalidez, incluso desde octubre de 2018, como lo confiesa en el hecho quinto del libelo introductor, no queda más que confirmar la decisión de instancia en este ítem, esto es, declarar que el contrato de trabajo finalizó el 30 de septiembre de 2019, sin que haya lugar a realizar alguna disquisición adicional frente a esta modalidad de terminación del contrato de trabajo, pues por simple sustracción de materia sería inocuo, máxime que ninguna pretensión condenatoria se enarboló en relación con el modo de terminación del contrato, verbi gracia, indemnización por despido, reintegro o modificación de la fecha de terminación del contrato.

Así las cosas, al tenerse por acreditado que el contrato de trabajo se extendió desde el 03 de diciembre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2019, se entrará al estudio de las pretensiones condenatorias, esto es, la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la indemnización moratoria del artículo 65 del CST.

4. Indemnización art. 99 Ley 50 de 1990. Manifiesta el actor que al haberse delimitado la terminación del contrato de trabajo, surge para el empleador la obligación de cancelar las prestaciones derivadas de dicha terminación, esto es, la indemnización moratoria ante el no pago oportuno de las cesantías desde el año 2003 hasta la "presente".

El art. 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador que no consigne las cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, deberá pagar a título de sanción un día de salario por cada día de retraso.

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 o consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Ahora, lo primero que viene a propósito colegir es que, es errada la postura del actor al pretender con el actual proceso someter a discusión nuevamente una pretensión que ya fue definida de manera desfavorable en otro proceso judicial, esto es, el adelantado en el Juzgado 35 del Circuito de Bogotá (2017-00535), pues en aquella oportunidad se estableció que la misma resultaba improcedente al estar vigente la relación laboral.

De esta manera, independientemente de que este colegiado comparta o no el raciocinio del Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el hecho de que ahora se haya declarado que el finiquito tuvo ocurrencia el 30 de septiembre de 2019, no habilita al actor a reclamar la indemnización por falta de pago de las cesantías desde el año 2003, pues debía en aquella oportunidad haber insistido a través de los recursos que establece la norma procesal laboral, en su procedencia, ya que en lo que refiere a la exigibilidad y causación de la indemnización moratoria por falta de pago de las cesantías a un fondo, se tiene dicho por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral (SL1430-2021) que:

> *"Sentado lo anterior, véase que la prescripción no corre de igual forma tratándose de las cesantías y de la sanción por la no consignación de estas, dado que* ***la exigibilidad de cada una ópera en momentos diferentes****, siendo que el auxilio de cesantías se hace exigible al finalizar la relación laboral, mientras que respecto de la sanción moratoria del numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, el término extintivo se contabiliza a partir del vencimiento del plazo que tiene el empleador para la consignación de cada anualidad de la prestación, es decir, a partir del 15 de febrero del año siguiente al que corresponda el causado.*

Y sobre la liquidación de la sanción por falta de consignación del auxilio de cesantías, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral ha referido en sentencia de radicado 40272 de 2016, "*que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora, y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral"*

Precisado lo anterior, en lo que refiere a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no puede la Sala entrar a estudiar la procedencia de la misma desde el año 2003 hasta la fecha como lo peticiona el actor, ya que su no procedencia fue definida en la decisión que tomó el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, y mal haría la sala en desconocerla. No acontece lo mismo frente a la indemnización moratoria por falta de consignación de las cesantías a un fondo en lo que al periodo comprendido entre la fecha en que se materializó el reintegro y la calenda en que se finalizó el contrato de trabajo, pues ese lapso no está comprendido en la aludida decisión.

A folio 44 del archivo No 07 obra comunicación dirigida al actor de fecha 22 de noviembre de 2018, en la que se da cumplimiento a la sentencia del Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, es decir, se reintegra al actor al cargo de oficios varios en la finca San Luis de Potosí, kilómetro 5 vía Funza- Siberia; del mismo modo, se tiene a folios 22 a 24 del archivo No 07 la consignación de fecha 06 de diciembre de 2018,

por valor de $13.814.139 con destino al fondo de cesantías PORVENIR S.A., el cual corresponde a las cesantías desde diciembre de 2003 hasta noviembre de 2018 (Fol. 27 archivo No 07), y también aparece un depósito judicial del 08 de noviembre de 2019, por valor de $1.346.167 (Fol. 21 archivo No 07), que corresponde a las prestaciones y acreencias laborales causadas desde el 01 de diciembre de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2019, incluido el concepto de las cesantías.

Conforme lo expuesto, considera la Sala que no se evidencia un actuar de mala fe de parte de la demandada, ya que al dar cumplimiento a la orden de reintegro, pagó de manera anticipada las cesantías del 1 de enero al 30 de noviembre de 2018, pues teniendo el plazo para consignarlas hasta el 14 de febrero de 2019, lo hizo el 06 de diciembre de 2018, incluso, en el hecho séptimo de la demanda manifiesta que "hizo el retiro de las mismas en entidad privada de pensiones PORVENIR", es decir, que el empleador cumplió con su obligación de manera anticipada, hecho que es aceptado por el trabajador, y que de ninguna manera logra colocar a la entidad demandada en el plano de la mala fe.

Ahora, ciertamente las cesantías causadas del 01 de diciembre al 31 de diciembre de 2018, debían consignarse al fondo de cesantías antes del 14 de febrero de 2019; empero, las mismas solo fueron sufragadas después de la terminación del contrato de trabajo a través del depósito judicial del 08 de noviembre de 2019 (Fol. 21 archivo No 07), es decir, no se consignaron en el plazo previsto legalmente y ante el fondo de cesantías PORVENIR S.A., y además, no se esgrime ninguna razón justificativa del actuar omiso por parte del empleador.

Debe recordarse que el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 establece que el empleador deberá consignar el valor liquidado por concepto de cesantías antes del 15 de febrero del año siguiente, en cuenta individual a nombre del trabajador en el fondo de cesantías que él elija, y expresa a continuación, que el empleador que incumpla esta obligación, deberá pagar un día de salario por cada día de retardo, por tanto, siendo que tampoco se advierte un proceder de buena fe por parte de la demandada al omitir la consignación de las cesantías, deberá condenarse al pago de esta sanción prevista en el artículo 99 de la ley 50 de 1990.

En este punto, valga traer a colación lo decantado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL5146-2020, en la que respecto de la obligación de consignar las cesantías a un fondo de manera oportuna y completa, memoró la sentencia de radicado SL403-2013, en la que se dijo:

> *"Con tal interpretación se debilitaría la protección que el legislador quiso dar a las cesantías en el nuevo sistema, en compensación a la pérdida de la retroactividad, porque se estaría flexibilizando el plazo que, de forma perentoria, fijó la ley para realizar la consignación; es claro que la norma ordena la consignación del valor de las cesantías correspondientes a 31 de diciembre de cada año, antes del 14 de febrero del año siguiente;* ***si, a esta fecha, solo se efectúa un pago parcial, no se está atendiendo el plazo legal, pues es bien sabido que el pago parcial no extingue la obligación.***
>
> *Por lo anterior, esta Sala se aparta de la interpretación del ad quem que conlleva la exclusión de la aplicación de los efectos contenidos en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 para el caso de la consignación deficitaria de cesantías.* ***En esta dirección, se ha de decir que la consecuencia contenida en el numeral 3º del artículo 99 de la Ley 50 de 1990 está prevista tanto para el pago parcial como para el no pago".*** *(Negrilla y subraya fuera del texto)*

Así entonces, se condenará a la demandada ARIAS FONSECA SAS, por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de cesantía la suma **$7.837.425.**

SANCIÓN POR LA NO CONSIGNACIÓN - ARTICULO 99						
AÑO DE CESANTÍAS	**SALARIO**	**DESDE**	**HASTA**	**SALARIO DIARIO**	**TOTAL DÍAS**	**SUBTOTAL MORATORIA**
2018	$ 985.000	15/02/2019	30/09/2019	$ 32.833	225	$ 7.837.425
TOTAL SANCIÓN						**$ 7.837.425**

Se precisa que para aplicar la sanción sobre las cesantías causadas en el año 2018 se tuvo en cuenta el salario reportado a folio 22 y 23 archivo No 07 que corresponde al salario del año 2018, ya que no se cuenta ni se demuestra por la parte actora el salario del año 2019, y si bien se cuenta con el pago total de acreencias laborales a la finalización del vínculo laboral, no se discrimina el valor del salario para el año 2019; sin embargo, al hacer los cálculos por la sala, por ejemplo, para el caso de las vacaciones, se encuentra que el salario base que se tuvo en cuenta es de $985.000, razón por la cual, resulta procedente tener en cuenta tal monto. Debe precisar la Sala que esta sanción solo se extiende hasta la finalización del contrato de trabajo, dado que así lo ha aquilatado la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral en sentencia de radicado 40272 de 2016, de la siguiente manera: *"que la indemnización consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 se causa desde el 15 de febrero de cada año hasta el 14 de febrero siguiente, cuando inicia la otra mora,* ***y, en todo caso, hasta cuando finaliza la relación laboral****".*

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

En relación con 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, las mismas no son una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados o no consigne las cesantías en la fecha debida, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo 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 sub examine, en cuanto a esta pretensión la parte pasiva no presentó ninguna razón justificativa que lo coloque en el plano de la buena fe, ya que solo esgrimió como defensa el que *"las acreencias laborales, fueron canceladas oportunamente, en cumplimiento a lo ordenado en la sentencia proferida por el juzgado 35 laboral de Bogotá, en relación con el proceso ordinario laboral No 2.017-535"*;

empero, lo que aquí debía justificar eran las razones de la omisión en el pago de la liquidación final de prestaciones, esto es, si pagó de manera oportuna o no los salarios y prestaciones sociales causadas con posterioridad a la materialización del reintegro (22 de noviembre de 2018) y hasta la finalización del contrato de trabajo (30 de septiembre de 2019), dicho de otra manera, el actuar del empleador se revisa es al momento de la finalización del contrato (30 de septiembre de 2019), por lo que, el cumplimiento de la decisión que ordenó el reintegro, que se acredita con los pagos por consignación del 30 de noviembre de 2018 y el 6 de diciembre de 2018, mediante los cuales se hace el pago de salarios y prestaciones hasta el 30 de noviembre de 2018, no determinan su actuar frente a lo que adeude por concepto de liquidación final de prestaciones al momento de la terminación del vínculo laboral, es decir, los pagos realizados con anterioridad a la terminación del contrato no conducen a justificar su actuar omiso respecto de las acreencias causadas con posterioridad.

Nótese que en el caso particular la relación laboral finalizó el 30 de septiembre de 2019 y solo hasta el 08 de noviembre de 2019 se hace el pago por consignación por valor de $1.346.167, que corresponde a la liquidación final de acreencias laborales causadas del 01 de diciembre de 2018 hasta el 30 de septiembre de 2019, sin que se evidencie en el cartulario que la entidad demandada haya comunicado al trabajador de tal actuación.

Al respecto, desde antaño el criterio expuesto por la Honorable Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación laboral-, M.P. Hugo Suescun Pujols, en sentencia del 24 de agosto de 1994, radicado 6813, ha sido que: *"Precisamente para el evento de que a la finalización del contrato exista desacuerdo entre las partes acerca del monto de los salarios y las prestaciones que adeude el empleador o si el trabajador se niega a recibir –dado que le está prohibido al patrono deducir, retener o compensar sumas de dinero que correspondan a salarios y prestaciones del trabajador, salvo expresa autorización de éste o de la ley (art. 59-1 C.S.T.)- el artículo 65 del C.S.T. prevé que, para poder liberarse de la indemnización moratoria, el patrono debe consignar ante el juez, o la primera autoridad política del lugar, la suma que confiese adeudar por los referidos conceptos (subrayado fuera del texto)*

"Por lo demás, la Corte prohíja las atinadas consideraciones del a quo, según las cuales, para aplicar la sanción moratoria, no es necesario que el trabajador reclame de su empleador los derechos laborales causados a la terminación del contrato, ni que la negativa suya a recibir acredite buena fe patronal, pues en tales eventos el patrono debe consignar la suma debida y entregar el título al correspondiente juzgado para así exonerarse de la dicha sanción. (Subrayado fuera del texto).

Igualmente, la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación laboral, en sentencia del 20 de octubre de 2006, radicado 28090, precisó que no es suficiente hacer el pago por consignación para que el empleador se libere de la sanción moratoria, sino que debe comunicarle al trabajador la existencia del título y el juzgado donde se hizo la respectiva consignación, así:

> *"Sobre el punto, importa precisar que no resulta suficiente que la empleadora consigne lo que debe, o considera deber, por concepto de salarios y/o prestaciones de quien fue su trabajador, en los términos del artículo 65 del C. S. del T., sino que es su obligación notificarle o hacerle saber de la existencia del título y del juzgado a donde puede acudir a retirarlo, porque, de no obrar así, es lógico entender que no actuó con buena fe, lo que es lo mismo, que su responsabilidad se entiende extendida hasta dicho momento".*
> (…)
>
> *La sentencia de 19 de abril de 1996 Rad. 8075 en su parte pertinente sostuvo: "Es que si bien el reconocimiento, a través de la consignación por parte de la demandada, de una acreencia laboral reclamada en el proceso, puede configurarse en circunstancia que*

> *demuestre buena fe que la exima del pago de la indemnización moratoria, lo cierto es que aparece inaceptable que dicho reconocimiento únicamente lo conozca la propia empresa consignante, puesto que no lo informó al juzgado que tramitaba el proceso o a la acreedora interesada en su cancelación, de suerte que tal depósito, en esas condiciones, no cumple su finalidad y no demuestra un comportamiento de buena fe de la empresa.*

En tal sentido como quiera que el empleador consignó lo que creía deber, es decir, la liquidación final de prestaciones sociales siguiendo lo reglado en el numeral 2 del artículo 65 del CST, esto es, consignar el valor correspondiente ante el Juez 35 Laboral del Circuito de Bogotá, mismo que acaeció el 08 de noviembre de 2019 (fol. 21 archivo No 07), quiere ello decir que en esa fecha se liberó de la indemnización moratoria, además porque previo a esa fecha, también le había comunicado al trabajador que la liquidación final de prestaciones se consignaría a órdenes de ese despacho judicial, tal como quedó en el oficio del 07 de noviembre de 2018, en los siguientes términos *"Es de anotar que las cesantías (…) correspondientes al periodo de 1 de diciembre de 2018 a septiembre 30 de 2019, y los demás emolumentos laborales se consignarán a órdenes del juzgado 35 laboral de Bogotá, en cumplimiento a la terminación del vínculo laboral".* (fol. 48 archivo No 07).

Así las cosas, la indemnización moratoria en el caso de autos va desde el 01 de octubre de 2019 hasta el 07 de noviembre de 2019.

5.1. Ponencia compartida – Liquidación indemnización moratoria, art. 65 del C.S.T. Para resolver este tema, debe tenerse en cuenta lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias la de radicado 36577 del 06 de mayo del 2000, reiterada en sentencia SL1560-2014, donde en lo concerniente a la indemnización e intereses moratorios, dijo:

> *"De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.*
>
> *Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico".*

En el presente caso, la terminación del contrato de trabajo fue efectiva el 30 de septiembre de 2019 (Fol. 48 archivo No 07), y la demanda se presentó el 15 de octubre de 2021 (Fol.1 archivo No 01), es decir, después de pasados los 24 meses de que trata el Articulo 65 del C.S.T, y como quiera que el último salario corresponde a $ 985.000, superior al salario mínimo legal diario del año 2019, el cual no fue objeto de censura por el demandante, es evidente que de conformidad con el criterio jurisprudencial vertido, únicamente proceden intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera desde la terminación del contrato de trabajo hasta cuando se efectuó el pago por consignación de las prestaciones sociales, intereses que se calcularan con el valor de $935.750 ($1.346.167-$410.417), esto es, sin incluir las vacaciones ($410.417) al no ser una prestación social (SL42940-2018).

Fecha del cálculo	7-nov-19
Período	201910
Interés Bancario Corriente	19,10%
Tasa E.A. Moratoria	28,65
Tasa Nominal Anual	25,46%
Tasa Nominal Diaria	0,0697502%

Período						
Desde	**Hasta**	**Fecha de mora**	**Diferencia en días**	**Valor cuota**	**Tasa diaria**	**Valor presente**
1-oct-19	7-nov-19	1-oct-19	37	$ 935.750	0,06975%	$ 24.149
					TOTAL	**$ 24.149**

6. Prescripción y demás acreencias laborales. Para resolver este problema jurídico debemos remitirnos al art. 488 y 489 del CST, los cuales establecen que las acciones laborales prescribirán en 3 años, que se contarán desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible y señala 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 el sub lite no aparece que se haya elevado reclamación luego de finalizado el contrato de trabajo, lo cual aconteció el 30 de septiembre de 2019, y la demanda se presentó el 15 de octubre de 2021 (Fol. 1 archivo No 01)**.** En ese sentido, como no transcurrió el término trienal, no hay lugar a la prosperidad de tal excepción.

Colofón de lo dicho, habrá de revocarse la decisión de instancia en lo correspondiente a la absolución de la indemnización de que trata el artículo 99 de la ley 50 de 1990 e indemnización del artículo 65 del CST, para en su lugar ordenar su condena, confirmando la decisión en lo que respecta a la declaratoria de la terminación del contrato, conforme lo atrás dicho.

7. Costas. Sin costas en esta instancia al haberse revisado la decisión de instancia en el grado jurisdiccional de consulta. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tésense.

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 el **NUMERAL SEGUNDO** del fallo objeto de consulta proferido el 19 de octubre de 2022 por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, condenar a ARIAS FONSECA S.A.S-ARCAS S.A.S., a pagar a favor del demandante, las siguientes sumas de dinero:

1) La suma de **$7.837.425**, a título de indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, esto es, por concepto de sanción por falta de consignación del auxilio de las cesantías a un fondo, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

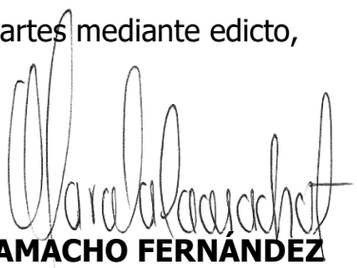
2) La suma de **$ 24.149**, a título de intereses moratorios de que trata el artículo 65 del CST, calculados desde el 01 de octubre de 2019, día siguiente a la terminación del vínculo laboral y solo hasta el 08 de noviembre de 2019, fecha

en que se hizo la consignación a través de depósito judicial, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de consulta.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada y a favor del demandante. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

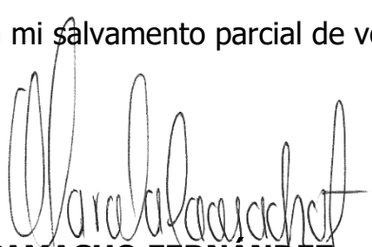
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LEONEL ÁLVAREZ BUSTOS CONTRA ARIAS FONSECA S.A.S. (RAD. 11-2021-00486-01)

M. ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN Y M. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito salvar de manera parcial mi voto en relación con la decisión adoptada por la mayoría de la Sala frente a la forma de calcular la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., pues sobre este aspecto debió acogerse la interpretación más favorable al trabajador, que no es otra que la establecida por la Corte Constitucional en sentencia C-781 de 2003, quien señaló que en los términos del artículo 29 de la ley 789 de 2002, "***para que a partir del mes veinticinco (25) de mora continúen con el derecho a la indemnización, es preciso que hayan acudido ante la jurisdicción ordinaria****, pues de lo contrario sólo podrán reclamar intereses moratorios "a la tasa máxima" para los créditos de libre asignación que certifique la Superintendencia Bancaria, exigencia que se justifica plenamente porque, como fue explicado en el seno del propio Congreso, la anterior regulación dio lugar a que algunos trabajadores esperaran mucho tiempo para presentar sus demandas, casi llegado el día de la prescripción, obteniendo así cuantiosas indemnizaciones por este concepto…".*

Bajo ese entendimiento, si en el presente caso el demandante presentó la demanda por fuera de los 24 meses de finalizada la relación laboral, al haber finalizado la relación laboral el 30 de septiembre de 2019, y la demanda se presentó el 15 de octubre de 2021, debió ordenarse a la encartada pagar a favor del demandante el valor diario de $32.833 correspondiente a un día de salario por cada día de retardo desde el 01 de octubre del 2019 (día siguiente a la fecha del finiquito) hasta cuando se efectuó el pago (08 de noviembre de 2019) por estar comprendido en los primeros 24 meses y no como lo consideró la Sala Mayoritaria, que por haberse presentado la demanda después de los 24 meses, solo resulta viable el reconocimiento de los intereses moratorios sobre el monto dejado de cancelar por dicho concepto, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

En los anteriores términos dejo plasmada mi salvamento parcial de voto.



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:	SANDRA PATRICIA ATEHORTÚA ARTEAGA
Demandadas:	USALASER S.A.S. Y OTRAS
Radicado No.:	06-2015-00936-02
Tema:	CONTRATO DE TRABAJO- APELACIÓN DE SENTENCIA- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Sandra Patricia Atehortúa Arteaga instauró demanda ordinaria contra Usalaser S.A.S., Salud Integral para Todos S.A.S., Sociedad Facilitadora del Sistema de Trabajo en Colombia Ltda, Sociedad Facilitadora en la Creación del Trabajo Ltda y Sociedad para la Facilitación del Servicio Ltda, con el propósito de que se declare que con la primera de ellas existió un contrato de trabajo a término indefinido, que tuvo vigencia entre 29 de julio de 2013 al 30 de marzo de 2015. En consecuencia, sean condenadas al pago de indemnización por despido sin justa causa, cesantía, sus intereses y sanción por la no consignación de estas, vacaciones, primas de servicios, indemnización moratoria, devolución de aportes a salud, aportes pensionales y ARL, los derechos que resulten probados con base en las facultades ultra y extra petita y costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que celebró con la empresa Usalaser S.A.S. contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñar el cargo de Directora de Call Center, vinculación que fue encubierta a través de un contrato de prestación de servicios. Refirió que inició sus labores el 29 de julio de 2013, las cuales finalizaron el 30 de marzo de 2015, fecha en la que devengaba la suma de $1.000.000, más comisiones mensuales. Explicó que realizó trabajo suplementario, además, que acató órdenes por parte de la directora administrativa de la empresa, a quien le debía pedir permiso para ausentarse de su lugar de trabajo.

Precisó que su vinculación al sistema de seguridad social en salud se realizaba a través de Salud Integral para Todos S.A.S., Sociedad Facilitadora del Sistema de Trabajo en Colombia Ltda, Sociedad Facilitadora en la Creación del Trabajo Ltda y Sociedad para la Facilitación del Servicio Ltda, aporte que se realizó bajo un IBC correspondiente a un salario mínimo legal mensual vigente. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 6 a 22).

2. Contestación de la demanda

2.1. Usalaser S.A.S. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas, señalando que la actora celebró contrato con la

sociedad Facilitadora para la Creación del Trabajo LTDA, de la cual desconoce las condiciones contractuales. Refirió que con la sociedad suscribió contrato de prestación de servicios del que se derivó pago de honorarios, previa presentación de la cuenta de cobro y afiliación al sistema de seguridad social. Frente a los hechos aceptó el enlistado en el numeral 20°, relacionado con que la actora en su condición de contratista debía realizar el aporte al sistema de seguridad social y admitió parcialmente los supuestos fácticos 4°, 14°, 15°, 42° y 47° y, respecto de los demás dijo no ser ciertos o no constarle.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de contrato de trabajo y de las obligaciones pretendidas, cobro de lo no debido, sustracción de información sin autorización de la demandada, celebración de contrato de trabajo con la empresa Sociedad Facilitadora para la Creación del Trabajo Ltda, prescripción y genérica. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 249 a 286).

2.2. Salud Integral para Todos S.A.S., Sociedad Facilitadora del Sistema de Trabajo en Colombia Ltda, Sociedad Facilitadora en la Creación del Trabajo Ltda y Sociedad para la Facilitación del Servicio Ltda. A través de curador ad litem contestaron la demanda, oponiéndose a las pretensiones del escrito introductor. Frente a los hechos señaló no constarle y no formuló excepciones (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 415 a 418).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 27 de febrero de 2023, en la que la falladora condenó a Usalaser S.A.S. a pagar a favor de la demandante cesantía y sus intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria, sanción por la no consignación de cesantía del año 2014, indexación de las vacaciones, aportes a pensión y salud y, costas del proceso.

Para los fines que interesan a los recursos de apelación, se propuso verificar, entre otras cosas, si la actora acredita la existencia de un único contrato realidad vigente dentro de los extremos temporales que se señalan en la demanda. Con tal propósito, de entrada, advirtió que se probó con certificación emitida por la accionada el 27 de enero de 2015, que la promotora del proceso prestó sus servicios como ejecutivo de ventas desde 29 de julio de 2013, renovado a la fecha de expedición del citado medio de prueba.

Precisó que en el proceso se encuentra demostrado que las partes celebraron sendos contratos de prestación de servicios, por lo que encontrada como está la prestación del servicio que realizó la señora Atehortúa a favor de la pasiva, activa la presunción establecida en el artículo 24 del C.S.T., esto es, presumir la existencia de dos contratos de trabajo y no uno solo, como se determinó en la demanda, por manera que debía entrar a estudiar las condenas del último contrato de trabajo, tal y como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Así las cosas, declaró la existencia de dos contratos de trabajo suscritos entre la actora y Usalaser S.A.S., el primero con vigencia entre 29 de julio de 2013 al 31 de diciembre de 2013 y el segundo a partir del 1 de marzo de 2014 al 20 de marzo de 2015. Conclusión a la que arribó, luego de que la representante legal de la demandada afirmará que existían direccionamientos con destino a la demandante relacionadas con las respuestas que debía suministrar en el call center y ventas, labores que son propias de la empresa. A lo que sumó que los testigos ratificaron que las actividades de la trabajadora se realizaban en las instalaciones de la compañía, quien tenía asignado elementos de trabajo, debía presentar reportes e informes mensuales de ventas y era objeto de sanciones.

Atinente a la indemnización por despido sin justa causa estimó que no había lugar a su condena, en tanto que la demandante no acreditó el hecho fundamento de la reclamación,

teniendo a cargo la carga probatoria de conformidad con lo previsto en el artículo 167 del C.G.P. Por último, en lo que hace a la sanción moratoria consideró que la enjuiciada no obró de buena fe al actuar en contra de un mandato legal, quien se abstuvo de pagar a la finalización del contrato de trabajo las acreencias laborales causadas por la demandante, sin que la celebración de los contratos de prestación de servicios la exima de su responsabilidad, bajo el entendido de que se utilizó esa figura para ocultar el laborío demostrado con plenitud en el proceso. (Expediente digital, audio 07AudienciaJuzgamiento)

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación argumentando que la indemnización por despido sin justa causa procede, ya que se está frente a una renuncia provocada por el empleador, en la medida que las condiciones que le fueron expuestas a través de la firma de otro nexo contractual desmejora su situación laboral. (Expediente digital, audio 07AudienciaJuzgamiento)

4.2. Usalaser S.A.S. En su alzada indicó que el fallo de primer grado "*es contrario a derecho, contrario a todas las pruebas que se aportaron al proceso y a la incongruencia presentada, tanto por la demandada a través de su apoderado en la demanda y la versión por ella rendida. No existe tal vislumbre de poder aceptar la relación laboral que ha impuesto el Despacho y tampoco estoy de acuerdo con cada una de las condenas, por las cuales ha sido sometida la empresa Usalaser. De la misma manera estoy en desacuerdo que a pesar de que esta judicatura, he presentado cada una de las pruebas y de haber estado presente en las audiencias, se presenten dos fallos contradictorios de primera instancia, el de la primera vez y el que se da en esta mañana, un fallo totalmente contradictorio. Entonces será el Tribunal desate esta controversia de litis. Igualmente, llamando la atención al Tribunal para que verifique la falta de cumplimiento de los términos legales por parte del Despacho, toda vez que este proceso se inició en el año 2015 y estamos en el año 2023 y, de una forma nada probable, sin justificación alguna, el Despacho profiere una sentencia condenatoria, imponiendo unas cargas, comenzando por los intereses imposibles de cumplir por mi representada, una carga que no se le puede imponer a la empresa demandada, cuando ha sido negligencia, desidia y demora por parte del Despacho conocedor del proceso, cuando no cumplió las cargas de los términos procesales, para proferir los fallos.*" (Expediente digital, audio 07AudienciaJuzgamiento)

5. Alegatos de conclusión. No se presentan alegaciones.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la Sala dilucidar los siguientes: (i) ¿La demandada Usalaser S.A.S. fungió como empleadora de la actora, como consecuencia de la aplicación del principio constitucional de la realidad sobre las formas?; y (i) ¿Le asiste derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por despido sin justa que pretende?

3. 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 pasiva, 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 de la señora Sandra Patricia Atehortúa Arteaga en favor de Usalaser S.A.S., en tanto que tal situación fáctica fue aceptada desde la contestación de demanda y las partes no cuestionan las reflexiones de la Juez primigenia en torno a ello; haciendo hincapié que el mencionado hecho se acredita, además, con el contrato de prestación de servicios y certificación expedida por la pasiva calendada 27 de enero de 2015. (Expediente digital, PDF 01ExpedienteDigitalizado, págs. 29 a 35).

Lo anterior, lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la **prestación personal del servicio**, lo que da lugar a aplicar la **presunción** contenida en el artículo 24 del CST, según la cual, toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, esto es, bajo subordinación y con derecho a remuneración salarial[1]; presunción legal *iuris tantum,* en tanto admite prueba en contrario. De suerte que, se invierte la carga de la prueba, en donde el demandado deberá controvertir, de manera fehaciente, la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "*onus probandi*", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual a la demandada bajo el principio

[1] T-694-2010

de "'*reus, in excipiendo, fit actor*', cuando excepciona, funge de actora y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

La presunción significa **tener por cierto un hecho** antes de que se pruebe[2], darlo por cierto sin que esté probado, sin que nos conste[3], se trata de un razonamiento por inducción[4] creado por el legislador, no por el juez, orientado a eximir de prueba, en este caso, a quien prestó sus servicios personales a favor de otro, para que a priori, se tenga como cierto que su vínculo estuvo regido por un contrato de trabajo, permitiéndole en virtud del derecho fundamental a la igualdad de los trabajadores ante la ley, derivado de lo previsto en los artículos 13, 25 y 53 de la Carta Política y 23 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, contar con los mismos derechos de toda persona a tener un trabajo en condiciones dignas, equitativas y justas, con las mismas oportunidades y protección por parte del Estado; la configuración de esta presunción legal descansa en la experiencia[5], hace efectivo el principio de la primacía de la realidad y propende por la protección de los derechos de carácter irrenunciable que emanan de la relación laboral, haciendo efectiva la garantía de otros derechos fundamentales.

Así, entonces, al revisar el plenario, no existe prueba, llámese documental, testimonial o cualquier otra, con la cual constatar que la promotora del proceso desempeñó su labor de manera libre y autónoma, desprovista de cualquier elemento subordinante, siendo nulo el esfuerzo de la accionada por desvirtuar la presunción deprecada, sin que para este efecto baste la mera afirmación de que la señora Sandra Patricia Atehortúa Arteaga ejecutó su actividad de directora de call center mediante un contrato de prestación de servicios, pues lo imperativo era demostrar que tal actividad la hizo en forma autónoma e independiente, aspecto que no encuentra demostración en este asunto.

En este punto, llama la atención de la Sala que la pasiva no desplegó actividad alguna tendiente a demostrar que la promotora de la Litis haya desarrollado sus funciones de manera autónoma e independiente y así desvirtuar la presunción que opera en su contra, por manera que, ante tal falencia probatoria, debe tenerse por cierto que el servicio se prestó con el elemento de la subordinación jurídica, tal cual lo coligió la falladora de primer grado. Lo anterior, se explica porque todo el andamiaje argumentativo de la demandada se centró en establecer que la actora prestó sus servicios personales a su favor, en calidad de contratista; sin embargo, no tuvo por objeto desvirtuar la presunción legal de la que se beneficia el extremo activo, en tanto que la pasiva se conformó con la prueba documental, la cual, muy al contrario de sus aseveraciones, solo demuestra la vinculación formal de la demandante a la sociedad, más no la realidad en que se desarrolló la misma.

Ahora, debe tenerse en cuenta que los demás medios de convicción valorados en su conjunto permiten corroborar que la labor ejecutada por la actora no se desarrolló con las características propias de un contrato común, pues en esa perspectiva, se escucharon las testimoniales allegadas por la pasiva que, de entrada, para la Sala no cuentan con fuerza demostrativa para enervar la presunción de la que es beneficiaria la gestora del proceso, al punto que nunca señalaron que los servicios prestados por la actora se caracterizan por su independencia y autonomía, de allí que no se evidencie el error que le atribuye la censura, cuando consideró la existencia de una relación laboral entre las partes.

Conclusión a la que se arriba luego de escuchar las declaraciones de las señoras Olga Lucía García Silva (gerente administrativa), Mónica Patricia Espinoza Carlos (auxiliar

[2] Julio Gonzáles Velásquez, *Manuel Práctico de la Prueba Civil*, Librería Jurídica Ltda., Bogotá, 1951, p. 280.
[3] Jairo Parra Quijano, *Tratado de la prueba judicial. Indicios y Presunciones,* Librería del Profesional, Bogotá, 2001, p. 187.
[4] C731-2005
[5] Manuscritos de Jeremías Bentham por E. Dumont, edición 1847, citado por Gonzáles Vásquez, ob. Cit. p. 278.

contable) y Rene Mauricio Guio García (director de proyectos), los cuales están lejos de servir para determinar la manera en que se prestaron los servicios a favor de la sociedad, pues su dicho únicamente se centró en que la actora laboró a través de contrato de prestación de servicios, sin que explicaran circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta que la labor ejercida a favor de la enjuiciada en verdad se hacía en forma autónoma e independiente en los aspectos técnicos, administrativos y directivos.

La primera de las citadas deponentes narró que la actora llegó a la compañía el 29 de julio de 2013, vinculada mediante un nexo civil, el cual finalizó en marzo de 2015, en tanto que aquella no quiso nuevamente firmar el contrato de prestación de servicios. Refirió que no hubo continuidad en las labores desarrolladas, ya que cada anualidad se suscribió un nuevo acuerdo, además, indicó que como superior de la contratista se encargaba de verificar que cumpliera la actividad contratada por la compañía, entre eso, remitir informes cada mes con la relación de las ventas efectuadas. Dijo que la labor podía ser realizada en cualquier lugar; no obstante, debía comunicar si efectuaría actividad diferente a la convenida, aunado a que aseguró que le fue asignado puesto y elementos de trabajo. Precisó que la promotora del proceso efectuó labores de ventas comerciales, quien debía capacitar, controlar y efectuar el liderazgo del grupo del Call Center, para lo que no tenía un horario, pero sí una jornada diurna.

En igual sentido declaró la señora Mónica Patricia Espinoza Carlos, quien señaló que la actora ingresó a la sociedad en el año 2013, para desempeñar la labor de directora del Call Center y realizar ventas comerciales. Explicó que aquella se vinculó a través de un contrato de prestación de servicios, sin interrupción alguna, cuya función consistía en esencia a la de estar pendiente del grupo de trabajo, coordinar la labor y realizar ventas en el lugar de trabajo asignado por la empresa. Por su parte el señor Rene Mauricio Guio García, manifestó que la actora se retiró en marzo de 2015, quien colaboraba en el área comercial del call center, entre eso, atender clientes, recepción de llamadas y correos electrónicos. Dijo que las actividades las realizaba dentro de la empresa, a quien le fue asignado un puesto de trabajo y hacía su labor de forma presencial.

Queda claro que 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 evidente que la decisión que tomó se soportó en las pruebas recaudadas, de las cuales dedujo la prestación del servicio personal de la gestora del proceso en favor del extremo pasivo de esta Litis y por la misma razón 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.

Ahora, para abundar en razones, cumple señalar que así se descarte la prueba testimonial, la conclusión no sería diferente de cara al objeto del contrato de prestación de servicios que suscribieron las partes, cuya labor ciertamente es indicativa del sometimiento al que estuvo sujeta la demandante, respecto de la intensidad y manera como debía desarrollar sus actividades, pues no de otra forma se puede colegir razonablemente lo dicho, si se atiende a que se obligó a "***A)*** *realizar las actividades de supervisión del departamento de telemercadeo Y call-center que involucran la comercialización, ventas, mercadeo y otras que se le asigne por parte del contratante USALASER, haciendo para el efecto todos los procesos de auditoria que requieran los procesos descritos, observando para el efecto todas las normas aplicables para que esta labor sea totalmente eficiente.* ***B)*** *entregar y presentar los reportes a la gerencia comercial de Bogotá en las fechas acordadas para que puedan ser revisados y supervisados por los gerentes (…)*", razón por la cual se comprometió a ejecutar las labores "*que se le hayan asignado cumpliendo con el objetivo oportunamente y adecuadamente. La actividad de supervisión del departamento de tele mercadeo* (SIC) *se desarrollará en la jornada*

normal de servicios diurnos incluyendo los sábados cuando sean programados"; situación de la que se denota la falta de autonomía en la ejecución de las funciones encomendadas.

Adicionalmente, la Sala al examinar la aceptación que realizó la demandada en la contestación de demanda, respecto de las labores que ejecutaba la actora, colige que no requerían de un conocimiento particular, es decir, no estaban dirigidas a suplir una necesidad específica y excepcional del personal que se requiriera en virtud de la actividad comercial que realiza la encartada, tampoco científica y técnica, a lo que se suma que se hizo de forma permanente, pues se prestó durante aproximadamente 2 años, de manera que tan necesaria era, que implicaba la presencia de la demandante quien contaba con el perfil para desempeñar la labor encomendada; actividad que además no era extraña al objeto social, pues es inherente al componente misional de la sociedad.

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 sociedad Usalaser 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, a la Sala no le queda otro camino que confirmar la decisión que bien tomó el Juez primigenio.

4. Despido indirecto. Sentado lo anterior, se iniciará por establecer si en efecto existe una justa causa que le de soporte a la pretensión declaratoria de despido indirecto, y consecuencialmente al pago de la indemnización por despido injusto. Para el efecto se tiene que la señora Sandra Patricia Atehortúa Arteaga, solicita el pago de aquella por considerar que la presentación de su renuncia se dio por razones atribuibles a su empleador; argumentos que corresponden a lo que la doctrina y jurisprudencia ha denominado despido indirecto, en virtud del cual, se ha entendido que se presenta cuando el empleador obliga a su trabajador a terminar el contrato de trabajo, bien sea porque directamente lo exige, o bien cuando su actuar conlleva a ejercer presión que necesariamente llevan al trabajador a tomar tal decisión.

En ese sentido, a la luz de lo previsto por el artículo 167 del CGP, debe acreditar el extrabajador la existencia de las justas causas que invocó en su oportunidad para dar por terminado el contrato de trabajo, pues de lo contrario se estará en presencia de una renuncia voluntaria.

Ahora, el parágrafo 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 indicado, se observa que el trabajador también puede dar por terminado el contrato de trabajo con su empleador 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 que transgreden 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 CST, 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 para dar por terminada la relación laboral, sino que es necesario que la parte que quien pretende el finiquito - en este caso la trabajadora por tratarse de un despido indirecto-, deberá señalar 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 por cuanto se permite con ello inferir cuales 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 deben estar inmersas al interior de las relaciones laborales. En ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL-19995-2017, 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)."*

Además de lo anterior, debe recordarse que no es viable invocar hechos ocurridos con una anterioridad excesiva a la fecha de la presentación de la carta de terminación del contrato, por cuanto según lo ha establecido de manera reiterada la jurisprudencia del máximo órgano de la justicia laboral ordinaria, para finalizar una relación laboral con justa causa, las que se invoquen por quien decide romper la relación contractual deben ser mediatas, dentro de un término moderado y razonable, pues de lo contrario se entienden que han sido condonadas.

En conclusión, que quien pretenda presentar su decisión de 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 indicarse los motivos que dieron lugar a la terminación unilateral del contrato de trabajo y, en tercer lugar, 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 la gestora 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 al momento de terminar la relación laboral su decisión de dar por terminado el contrato de trabajo bajo una exposición clara y concreta de las razones sobre las cuales basa su decisión, pues sobre esto no existe ningún medio de prueba adosado, quedando únicamente la afirmación de que ello aconteció, la cual no puede ser tenida en cuenta para los efectos que pretende la demandante, por manera que habrá de confirmarse la sentencia de primer grado en lo que hace a este punto de reproche.

5. Respecto de las demás condenas impuestas. Esgrime el apoderado judicial de la demandada que debe revocarse las condenas impuestas en primera instancia, sin haber

sustentado los motivos por los cuales ha de absolverse frente a las acreencias laborales ordenadas.

Al respecto basta con señalar que, como ya lo ha decantado la Sala, la parte recurrente tiene el deber de sustentar y centrar su actividad argumentativa para derruir los fundamentos en los que la Juez de primera instancia basó las respectivas condenas. No obstante, en el sub-examine la parte activa se limitó únicamente a plantear la referida inconformidad sin fundamentación alguna, y en este sentido, nuestro máximo órgano de la jurisdicción laboral en sentencia del 10 de agosto de 2010, Radicación 34215, señaló:

> *"Al margen de lo anterior, resulta pertinente recordar que la sustentación del recurso de apelación, debe ser una exposición clara y suficiente de las razones jurídicas o fácticas que distancian al impugnante de la resolución judicial, señalando de manera concreta cuáles son los motivos de inconformidad para que esa sentencia sea revocada, aun cuando no implica la utilización de fórmulas sacramentales para su presentación; y por consiguiente,* ***no es de recibo expresiones vagas o genéricas como que se apela en todo aquello que fue desfavorable, o que se aspira la revocación total de la decisión cuestionada, o que se está inconforme con la totalidad del fallo, para que el Tribunal esté obligado a revisar todas las súplicas o en todos sus aspectos la decisión apelada****". (Negrilla y Subrayas ex-texto)*

Por lo tanto, esta Corporación encuentra limitada su competencia para manifestarse respecto a las demás condenas impuestas por la juez primigenio, pues de acuerdo a lo establecido con anterioridad, el recurrente no sustentó en debida forma su inconformidad respecto de las mismas, las cuales son consecuencia de la declaratoria de la existencia del contrato de trabajo entre las partes del litigio, pues la simple afirmación escueta de que "*tampoco estoy de acuerdo con cada una de las condenas, por las cuales ha sido sometida la empresa Usalaser"*, no abre camino para su estudio individualizado por vía de apelación.

6. Indemnización moratoria. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió la cognoscente de primer grado al condenar la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., en la medida que no ha debido ser ordenada ya que la A quo incumplió con los términos legales para emitir sentencia.

Debe recordar la Sala que la juzgadora de primer grado dedujo que se hallaba pendiente el pago de algunas obligaciones causadas a favor de la trabajadora, razón por la cual debía imponer el pago de la indemnización moratoria, a lo que sumó que encontró probado la mala fe con la que actuó el empleador a la finalización del laborío.

Entonces, lo primero que se advierte, es que la Sala no hará estudio de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., en tanto que sobre aquella la juzgadora primigenia encontró probado que el empleador no actúo con buena fe al momento de la terminación del contrato, en tanto que el dador del laborío quiso utilizar de forma indebida la vinculación de la actora a través de un contrato de prestación de servicios, ocultando que en verdad la relación rigió bajo los elementos constitutivos propios del contrato de trabajo; intelección que no fue objeto de ataque por la recurrente, por lo que en lo que a ello concierne, la sentencia de primer grado deberá quedar en firme.

Y es que para la Sala el disenso debió dirigirse en contra del citado razonamiento que hizo la A quo sobre la mala fe que encontró probada en el actuar del empleador en el impago de las prestaciones sociales al finiquito del laborío, por manera que al no plantearse reproche alguno frente a las aludidas inferencias que se reitera constituyen los pilares fundamentales de la decisión confutada, conlleva a que la sentencia se mantenga incólume en lo que hace a este punto de apelación.

A lo anterior se suma que la indemnización moratoria no está condicionada a si la A quo incumplió o no con los términos procesales para proferir sentencia de primera instancia, pues, resulta imperativo recordar que su procedencia está atada al no pago de prestaciones sociales y salarios y si el deudor tuvo alguna razón que justificará el no pago, lo que no ocurrió, como dejó sentado la misma sociedad enjuiciada; luego forzoso resulta para la Sala confirmar en su integridad la decisoria de la Juez primigenio.

7. Costas en esta instancia. Sin costas en esta instancia ante la no prosperidad de 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 27 de febrero de 2023, por el Juzgado Sexto 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 FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	ORDINARIO LABORAL
Demandante:	NINA TAMARA CORREDOR CASTILLO
Demandada:	PROCINAL BOGOTÁ LTDA
Radicado No.:	17-2019-00372-01
Tema:	CONTRATO REALIDAD– APELACIÓN PARTES - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nina Tamara Corredor Castillo instauró demanda ordinaria contra Procinal Bogotá LTDA, con el propósito de que se declare que entre las partes existió una relación laboral vigente desde el 19 de febrero de 2010 al 28 de febrero de 2019, la cual finalizó sin justa causa por el empleador y sin seguirse con los lineamientos expuestos en sentencia C-593 de 2014. En consecuencia, solicitó que se dispusiera a su favor el pago de indemnización por despido sin justa causa, vacaciones, auxilio de cesantía, prima de servicios, aporte real por concepto de prima, indemnización moratoria, aportes al sistema de seguridad social, subsidio familiar, daños morales, sanción por la no consignación de cesantías, indexación, 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 el 19 de febrero de 2010 celebró un contrato de trabajo a término indefinido con la demandada, el cual fue finalizado el 28 de febrero de 2019 con justa causa por parte del empleador. Refirió que desempeñó el cargo de oficios varios y con posterioridad a administradora, recibiendo un salario promedio mensual de $2.758.000. Explicó que el 28 de febrero de 2019 atendió diligencia de descargos, sin haber sido citada previamente y especificado las faltas disciplinarias endilgadas, despido que careció de inmediatez.

Precisó que posteriormente al despido injustificado no ha conseguido un trabajo formal, por lo que se ha menoscabado su integridad, viéndose afectada su esfera afectiva y espiritual, además, que a dicho momento la demandada no canceló en debida forma la liquidación de prestaciones sociales, pues no se tuvo en cuenta el salario promedio devengado, aunado a que las cesantías causadas en vigencia de la relación laboral no le fueron oportunamente consignadas al fondo. (Expediente digital, PDF 01Demanda y 03Subsanación).

2. Contestación de la demanda. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a la totalidad de pretensiones formuladas. Frente a los hechos aceptó los enlistados en los numerales 1° a 5°, 13°, 15°, 19° a 23°, 30° al 37° y 39° a 41°, relacionados con la existencia de la relación contractual, modalidad, extremos temporales, lugar de prestación de los servicios, cargo, reconocimientos laborales y las causales de terminación unilateral y con justa causa del laborío. Parcialmente aceptó las situaciones fácticas enlistadas en los numerales 6°, 12°, 16°, 17°, 24°, 28°, 29°, 37°, 38° y 44° y, frente a

los demás señaló no constarle o no ser ciertos. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó inexistencia de causa por demandar y falta de afectación de los derechos reclamados, mala fe o dolo civil contractual, incumplimiento del contrato, buena fe y genérica. (Expediente digital, PDF 01Demanda y 03Subsanación).

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 18 de enero de 2023, en la que el fallador declaró que entre las partes existió una relación laboral regida por contrato de trabajo a término indefinido desde el 19 de febrero de 2010, hasta el 28 de febrero de 2019, la cual terminó con justa causa. En tal virtud, condenó a la demandada a pagar cesantías, sanción por su no consignación, indemnización moratoria y costas del proceso.

En lo que interesa a los recursos de apelación propuestos, en primer término, indicó que debía dilucidar, entre otras cosas, las circunstancias que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo y si hay lugar al pago de la indemnización por despido sin justa causa, indemnización y sanción moratoria. Con tal propósito, señaló como no controversial entre las partes la existencia de la relación laboral, su modalidad, extremos temporales y cargo desempeñado por la actora. Atinente al salario verificó de los desprendibles de nómina que aquella devengaba para el año 2017 la suma de $2.705.417; en el año 2018 el valor de $2.520.988; y en el año 2019 el equivalente a $2.280.342.

Clarificado lo anterior, en cuanto a la indemnización por despido sin justa causa explicó que le incumbe a la trabajadora probar que la finalización del contrato de trabajo provino de su empleadora, mientras que a ésta su deber de acreditar la existencia de la justeza en el despido o el modo legal de terminación, junto con el soporte de su decisión. Destacó que la demandante cumplió su deber de cara a la carta de desahucio laboral que arrimó, con la cual demostraba que tal determinación provino de la encartada y una vez apreciada, así como los demás medios de convicción aportados al proceso estimó que de conformidad con los descargos que surtió la promotora del proceso, evidenciaba que aquella aceptó que incurrió en algunas de las conductas endilgadas por el empleador, como por ejemplo, que registró información errada sobre su ingreso y salida a su lugar de trabajo.

Destacó que la demandante no solo conocía sus obligaciones y el procedimiento a seguir desde la firma de su contrato de trabajo, por lo que estaba demostrado que la trabajadora omitió el cumplimiento de sus obligaciones laborales como administradora del punto, lo que implicó un detrimento económico para la empresa, de allí que debía absolver a la encartada de la indemnización pretendida, máxime cuando tales conductas fueron calificadas como causales de finalización del laborío, lo que impedía al juzgador entrar a calificar si es grave o no, en tanto que su límite está dado a sí en efecto se presentó la situación que se atribuye como grave, lo cual ocurrió.

Atinente a la sanción por la no consignación de cesantías precisó que la demandada no consignó el auxilio del año 2017 al fondo destinatario de esa prestación social, incurriendo en mora, además, la consignación del auxilio de cesantía causado a 31 de diciembre de 2016 y de 2018, tan solo fue realizada el 29 de abril de 2019, es decir, con posterioridad al finiquitó de la relación laboral, por lo que indicó que debía acceder a la pretensión condenatoria. Frente a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., sostuvo que para su aplicación el fallador debe explorar la situación concreta y establecer si la conducta omisiva del empleador es fruto de mala fe o si existen razones que resulten atendibles y que no hagan ver su comportamiento como tendiente a defraudar o birlar los intereses de la trabajadora.

Estimó que la pasiva formuló la excepción de buena fe, no obstante, su proceder es merecedor del reproche que da lugar a imponer la carga pecuniaria que analiza, toda vez

que aunque el apoderado de la pasiva en interrogatorio de parte que absolvió en representación de la sociedad expuso que para los años 2017 a 2019, presentó crisis financiera en razón a la indebida sustracción de dineros por parte de los trabajadores de la empresa, lo que generó que con posterioridad acudiera a la Superintendencia de Sociedad para que se iniciara proceso de reestructuración de pasivos en el que aún está inmersa a la entidad demandada; empero consideró que una vez terminó la relación laboral la empleadora debió pagar lo adeudado por concepto de prestaciones sociales, situación que no ocurrió, ni siquiera en vigencia de la relación laboral, por lo que debía imponer en contra de la accionada la indemnización deprecada por la actora.

4. Impugnación y límites del ad quem

4.1. Demandante. Inconforme con la decisión la **demandante** formuló recurso de apelación esgrimiendo que no se hallan demostradas las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conlleven a una clara apreciación de la justa causa que motive la finalización del contrato de trabajo. Indicó que la facultad de la administradora de cambiar o no boletos recae en ella al tener tal calidad, además, que, en cuanto a los retrasos en sus horarios, no fue admitido en la diligencia de descargos.

4.2. Demandada. En sustento de su alzada esbozó que se desconoció la excepción de buena fe formulada desde el escrito de contestación de demanda, en tanto que el A quo no hizo pronunciamiento relativo a ello, misma que contiene argumentos suficientes que conducen a eximir de responsabilidad de las moratorias ante su comprobación. Indicó que el hecho de estar en proceso de reestructuración empresarial es señal inequívoca de la situación de crisis financiera que sufre la compañía, misma que surgió como consecuencia del indebido manejo de dinero que efectuaron los trabajadores.

5. Alegatos de conclusión. La parte actora alega en su favor que la parte demandada no logró demostrar suficientemente las causas que dieron lugar al despido y que las pruebas no se valoraron en primera instancia en debía forma. Se opone a los alegatos de la demandada.

A su turno, la demandada argumenta que el juez no tuvo en cuenta la excepción de buena fe formulada y los demás medios exceptivos, como tampoco el estado de reestructuración en el que se encuentra la pasiva conforme a ley 1116 de 2006 por lo que se deberá absolver de las pretensiones a esta parte.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. 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 expuesta por las recurrentes.

2. Problemas jurídicos. Corresponde a la sala dilucidar los siguientes: (i) ¿El despido de la trabajadora por parte de la demandada fue injusto y, en consecuencia, le asiste derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa que pretende?; (ii) ¿Es desatinada la conclusión a la que llegó el Juez de primer grado, para condenar el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y la sanción por la no consignación de cesantías prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990?

3. Contrato de trabajo, salario y sus extremos. Para resolver el 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, sus

extremos temporales, modalidad y la labor de administradora que efectuó la actora al momento en que fue finalizado el nexo contractual. Ni que en virtud del citado nexo contractual se adeuda a la actora el auxilio de cesantía y que en su vigencia las causadas en el año 2017 y 2018 no fueron consignadas al fondo de cesantías, en los términos del artículo 99 de la Ley 50 de 1990.

4. Despido sin justa causa. La parte demandante centró su inconformidad contra el fallo de primera instancia aduciendo que no se demostró durante el devenir procesal la justa causa en el despido de la trabajadora, en tanto que en diligencia de descargos no aceptó las conductas que el empleador le endilga como sustento del desahucio, además, tampoco existe evidencia probatoria indicativa de las circunstancias de tiempo, modo y lugar que conlleven con justa causa al finiquito laboral.

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 demostrar 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 parágrafo 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, en el 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 el artículo 58 del Reglamento Interno de Trabajo. Decisión que obedeció a la conducta que presentó la actora mientras cumplía sus funciones, en la medida que presuntamente adulteró boletas de ingreso para beneficiarse económicamente de los dineros por este concepto, además, el incumplimiento y alteración de los registros de inicio y salida de su lugar de trabajo.

Como se observa, la demandada comunicó a su trabajadora los hechos y motivos que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, los cuales se respaldan con los descargos realizados por la empleadora y la calificación que hizo como "*falta grave*", dado el incumplimiento al reglamento interno de trabajo, pues así se predica de la simple lectura a la determinación que en tal sentido se tomó.

En este punto, es oportuno destacar a propósito de la causal a que se refiere el numeral 6° del citado artículo 62 del C.S.T., que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que deben diferenciarse las dos situaciones consagradas en ese precepto normativo; una de ellas es la violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, la cual, constituye por sí misma una falta; y la segunda es cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos, siendo criterio decantado que ante el primer supuesto, quien aplica la norma califica la gravedad de la falta, siendo susceptible de verificación por parte

del fallador, y en el segundo caso, esa calificación ha de constar en los actos que consagran la falta.

En ese sentido, en sentencia SL 2457-2018 se señaló lo siguiente:

> *"Al respecto, debe recordar esta Corporación, que cuando se invoca la violación de las obligaciones que le incumben al trabajador, la misma debe ser grave para que constituya justa causa de despido, como lo prevé la norma antes referida. Dicha gravedad es dable evaluarla al juez del trabajo, como bien lo coligió el Tribunal, contrario a cuando se aduce la comisión de una falta grave, pues ésta requiere previa calificación como tal en convención colectiva, contrato o reglamento de trabajo y no por parte del fallador. Así se explicó en sentencia CSJ SL 10 mar. 2003 rad. 35105, reiterada en fallos CSJ SL670-2018 y CSJ SL 187-2018:*
>
> *Sobre la hermenéutica del citado texto normativo ya ha tenido oportunidad de pronunciarse esta Corporación, entre otras sentencias en la proferida el 18 de septiembre de 1973, en la cual se dijo:*
>
> *Es indudable que en el numeral 6° del aparte a) del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, se consagran dos situaciones diferentes que son causas de terminación unilateral del contrato de trabajo. Una es <cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo> y otra es <… cualquier falta grave calificada como tal en pactos o en convenciones colectivas, fallos arbitrales, contractuales o reglamentos...>.*
>
> *En cuanto a la primera situación contemplada por el numeral señalado, es posible la calificación de la gravedad de la violación (…) En cuanto a la segunda situación contemplada por el numeral referido, es claro que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentarios en que se consagran esas faltas con tal calificativo…'*
>
> *'El diccionario de la Lengua de la Real Academia Española, edición 1970 dice que falta en su segunda acepción es: <Defecto en el obrar, quebrantamiento de la obligación de cada una> y en cuanto a la violación indicada: <Acción y efecto de violar>, y define el verbo violar como <infringir> o quebrantar una ley o precepto'.*
>
> *Por lo anterior se concluye que la diferencia entre violación de las obligaciones del trabajador y la falta cometida por el mismo, no es lo que determina la diferencia entre las dos partes del numeral indicado. La violación de las obligaciones y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo, constituye por sí misma una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato. Por otra parte, cualquier falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos, implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califica en ellos de grave, constituye justa causa para dar por terminado el contrato.*
>
> *En el primer concepto la gravedad debe ser calificada por el que aplique la norma, en el segundo la calificación de grave ha de constar en los actos que consagran la falta …'*
>
> *Y en sentencia de 19 de septiembre de 2001, radicación 15822, así razonó esta Corporación:*
>
> *"Sobre esta facultad, la Corte Suprema de Justicia, en su Sala de Casación Laboral ha esbozado en múltiples fallos que la calificación de la gravedad de la falta corresponde a los pactos, convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos en los que se estipulan esas infracciones con dicho calificativo. Por ello, cualquier incumplimiento que se establezca en aquéllos, implica una violación de lo dispuesto en esos actos, que si se califican de grave, constituye causa justa para fenecer el contrato; no puede, el juez unipersonal o colegiado, entrar de nuevo a declarar la gravedad o no de la falta. Lo debe hacer, necesariamente, cuando la omisión imputada sea la violación de las obligaciones especiales y prohibiciones a que se refieren los artículos 58 y 60 del C.S. del T. Lo importante es que el asalariado incurra en una de las faltas calificadas de graves por el reglamento interno de trabajo, sin importar si ella, produjo daño o beneficio para la entidad patronal"* (Subraya la Sala).

Así, verificado que la llamada a juicio cumplió con el deber de comunicarle a la gestora del litigio las causas y motivos de su decisión, la cual fue sustentada en una falta grave a

las obligaciones estipuladas reglamentariamente, deberá determinarse la ocurrencia del hecho y si la conducta que desplegó está calificada como tal por las partes en el reglamento interno de trabajo.

Ha de empezar por señalar que al cartapacio se adosó el acta de descargos realizada el 28 de febrero de 2019, donde le fue indagada respecto de las situaciones fácticas que con posterioridad motivaron su despido. Al ser interrogada sobre los hechos que originaron las presuntas irregularidades, explicó las funciones que realiza en el cargo de administradora, sus responsabilidades en el manejo de dineros y en general sobre la custodia y administración adecuada de los recursos financieros de la demandada.

Frente a las situaciones endilgadas, de entrada, puso en evidencia el incumplimiento en varias oportunidades al horario de trabajo definido por el empleador, justificándose por temas personales y por el no pago de horas extras, dejando claro que no pidió permiso, tampoco puso en conocimiento a su empleador de tales situaciones, por el contrario, reportaba en nómina para que se hiciera el pago completo de su salario. Aceptó el hecho de haber vendido boletas de cine de forma manual, con motivo del error en la venta en la taquilla, devoluciones o cambios de silla.

Ahora, al plenario se allegó, además, la declaración de la señora Gladys Escobar Betancourt (directora de gestión humana), testigo de la parte demandada, indicando que conoció a la demandante por virtud del vínculo laboral que sostuvo con la empresa desde el 1° de julio de 2015 al 28 de febrero del año 2019, quien desempeñaba el cargo de administradora del cinema al momento de su retiro. Narró que su supervisor general fue llamado por algunos colaboradores de la empresa, quienes a mediados del mes de febrero del 2019 informaron que la actora estaba realizando labores extrañas dentro de la taquilla, esto es, que no registraba la venta de boletería, a cambio le entregaba papelillos para que los usuarios ingresaran al cinema. Relató que la actora registraba hora distinta de ingreso de su asistente, además, que entre las mismas realizaban actividades que no estaban acordes a las normas de la empresa, entre esas, vender boletería y no ser facturada, además, registrar horarios que no correspondían a la realidad. Precisó que tal situación fue investigada por el supervisor, ratificando lo sucedido, lo cual, fue motivo de terminación del contrato de trabajo.

Al analizar la declaración de la testigo atrás señalada y del examen de los medios de convicción que señala como erróneamente valorados la recurrente, observa la Sala que el A quo no pudo incurrir en el error que se le enrostra, pues las conclusiones a las que llegó corresponden a lo que reflejan las probanzas incorporadas al proceso, mismas que confirman que las conductas imputadas ocurrieron, como también la responsabilidad del demandante en los hechos. En efecto, tal y como lo apreció el juez primigenio, en diligencia de descargos la trabajadora admitió que registró horarios que no correspondían a la realidad, dejando entrever que sus ausencias a su lugar de trabajo e incumplimiento de horario fueron de forma reiterada, además, si bien trató de justificar la venta de boletería manual a los usuarios del cinema, lo cierto es que la señora Gladys Escobar Betancourt corroboró que tal situación fue con el fin de obtener los dineros generados y no porque hubiera fallas en el sistema, error en la venta en la taquilla, devoluciones o cambios de silla.

Demostrado como queda la ocurrencia de los hechos atribuidos en la carta de despido, surge para la Sala verificar si dicho actuar fue catalogado por las partes como falta grave para dar por finalizado con justa causa el vínculo laboral que los ató.

Conforme a lo anterior, la enjuiciada aduce que las conductas desplegadas están clasificadas como falta grave en el reglamento interno de trabajo, así, verificado el

expediente, es claro que la demandada no arrimó tal medio de convicción, lo que en línea de principio impide a la Sala verificar si en tal legajo las partes consagraron las conductas como justa causa para dar rompimiento al contrato de trabajo. Sin embargo, debe resaltar este Tribunal, que fue allegado el contrato de trabajo suscrito por las partes y en la cláusula 8° se consagraron las justas causas para dar rompimiento al mismo, erigiéndose en los numerales f) y g), como dos de ellas:

1. El abandono del sitio o lugar de trabajo sin justa causa justificada.
2. La reincidente falta de puntualidad en la asistencia de trabajo.

De cara al contrato de trabajo, es claro que la conducta desplegada por la demandante sí constituye una falta grave que dé lugar al despido con justa causa que se efectuó, en tanto que el hecho de haberse presentado al trabajo tardíamente o dejar su lugar de trabajo sin justificación alguna, lo cual, como se dejó visto, se efectuó en más de una vez, ha sido considerado por las partes como grave que convalida su retiro laboral en los términos del numeral 6° del artículo 62 del C.S.T.

Así las cosas, del análisis efectuado no se deduce el error en que incurrió el juzgador de primer grado al estimar que se configuraba la justeza en la finalización de la relación laboral, ya que la documental citada enseña que las partes catalogaron la conducta alegada como falta grave y, por ende, la virtud de terminar el laborío.

Debe acotar la Sala que si bien es cierto a la actora se endilgaron varias conductas alegadas como falta grave que conllevaron al finiquito laboral, sin que las mismas estén catalogadas como tal en pacto, convenciones colectivas, fallos arbitrales, en el contrato o reglamento interno de trabajo, pues en este sentido por la pasiva no se adosó medio de prueba tendiente a demostrarlo; no obstante, basta con la acreditación de una conducta para justificar el despido, así se hayan invocado más, tal y como ha sido reiterado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL204 de 2023, en la que se dijo:

> *"Planteado así el asunto, desde ya advierte la Sala que no le asiste razón a la censura, como también lo pone de presente la parte opositora, pues es criterio pacífico y reiterado de la Corte que cuando se invocan varias conductas como constitutivas de una justa causa para poner fin a la relación laboral, como aquí sucede, le basta al empleador probar la existencia de una que tenga la identidad, mérito o fuerza suficiente para ser justa causa, y con ello poder tener por legítima la decisión del empleador (…)"*

En conclusión, se verificó que el empleador invocó en la carta de despido el precepto que tipifica la conducta de la trabajadora inculpada, también especificó el motivo concreto de la decisión de finalizar el laborío, lo cual, como se esbozó, quedó plenamente demostrado con los medios de persuasión allegados por la pasiva, quien, además, hizo lo propio con probar que la falta grave invocada quedó definida en el contrato de trabajo.

Ahora, en gracia de discusión, frente a la falta relativa a que adulteró boletas de ingreso para beneficiarse económicamente de los dineros por este concepto, acota la Sala que, si bien es cierto no se logra demostrar por la encartada que estuviera calificada como grave en el reglamento interno y/o contrato de trabajo, lo cierto es que, en esos eventos le compete al juzgador determinar la gravedad de la falta y si la misma da lugar al finiquito del contrato, situación que aprecia la Sala ocurrió, dado que, si bien trató de justificar la venta de boletería manual a los usuarios del cinema, lo cierto es que la señora Gladys Escobar Betancourt corroboró que tal situación fue con el fin de obtener los dineros generados y no porque hubiera fallas en el sistema, error en la venta en la taquilla, devoluciones o cambios de silla, lo que de por sí constituye falta grave.

Ello así, sobran las razones para despachar de manera desfavorable la decisión de instancia y de contera confirmar la misma.

5. Indemnización moratoria y sanción por no consignación de las cesantías. La cesura cuestiona en rigor la equivocación en la que incurrió el cognoscente de primer grado al inferir la existencia de mala fe del empleador en la no solución de acreencias laborales a favor de la actora.

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

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

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actúo 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 al no consignar dentro de los términos legales la cesantía al fondo destinatario de esa prestación social y al no pagar el citado auxilio al finiquito de la relación laboral, de allí que le asista razón al sentenciador de primer grado cuando impuso su condena, al considerar que el deudor moroso no demostró que su obrar hubiese estado ceñido a la buena fe, pues es claro que sobre este tópico ningún medio de prueba arrimó.

Lo anterior, porque contrario a lo esgrimido por la censura, si bien se indicó que para el momento en que feneció el vínculo laboral con la actora se encontraba en incapacidad de pagar las prestaciones sociales dado a que se hallaba en crisis financiera lo que dio lugar al inicio del proceso de reorganización empresarial, tal afirmación no está soportada en ningún medio de convicción, y aquí debe anotarse que en torno al interrogatorio de parte de la demandada del cual pretende la censura derivar una confesión, la Sala no evidencia ninguna admisión de un hecho que produzca consecuencias adversas o que le favorezcan a la parte contraria, para que así pueda predicarse en los términos del artículo 191 del CGP.

De tal suerte, conforme se ha reseñado en precedencia, esta sala da razón al sentenciador de primer grado al impartir condena sobre el pago de la indemnización y sanción moratoria, pues es evidente que no existe elemento de persuasión indicativo de la conducta del empleador fue provista de buena fe para no haber sido consignada y entregada de forma inmediata el auxilio de cesantía, toda vez que las razones dadas por la empresa solo quedaron en simples afirmaciones, las cuales, como bien es sabido, lejos

está de tenerse en cuenta, ya que nadie puede crear su propia prueba, para valerse, sacar provecho o beneficiarse de ella.

De todas maneras, si la Sala considerara que al momento del finiquito de la relación laboral la empresa se encontraba en estado o *ad portas* del proceso de reorganización empresarial, la conclusión no sería distinta, pues es claro que tal circunstancia no la exime automáticamente de la indemnización moratoria, en tanto que, como ya advirtió la Sala de Casación Laboral de la CSJ, "*aun encontrándose en esa situación, sus representantes pueden ejecutar actos ausentes de buena fe por no pagar los salarios y las prestaciones sociales debidas a la terminación del vínculo laboral y en razón de contar con medios para prevenir ese riesgo.*" (SL16884-2016)

Por lo anterior, no se observa ningún yerro en la decisión que tomó el A quo, lo que lleva a esta Sala sin mayores consideraciones a confirmar en su integridad la sentencia de primer grado.

6. Costas. Sin costas en esta instancia judicial, 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: CONFIRMAR la sentencia proferida el 18 de enero de 2023, por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

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

Magistrada Ponente: DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

Proceso:	FUERO SINDICAL – ACCIÓN DE REINTEGRO
Demandante:	LEIXI MIRELLY VALBUENA LEDESMA
Demandado:	ITAÚ CORPBANCA COLOMBIA S.A.
Radicación:	01-2020-00514-01
Asunto:	APELACIÓN SENTENCIA – REVOCA

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

Se decide de plano la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia proferida el 19 de abril de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Leixi Mirelly Valbuena Ledesma, instauró demanda ordinaria contra Itaú Corpbanca Colombia S.A., con el propósito de que se declare la existencia de una relación laboral y se ordene su reintegro al cargo que venía ocupando u otro de igual o superior categoría, por haber sido despedida cuando se encontraba amparada con la garantía de fuero sindical; que se condene al pago de los salarios dejados de percibir, la prima de servicios, vacaciones legales y extralegales, cesantías, intereses a las cesantías, auxilio extralegales, vacaciones y cotización al régimen de seguridad en salud y pensión, y costas del proceso.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que ingresó a laborar con la entidad demandada el día 01 de octubre de 2012, mediante contrato de trabajo a término indefinido, siendo su último cargo el de auxiliar con una asignación mensual de $1.941.586; que el 21 de agosto de 2020 le fue terminado su contrato de trabajo; que al momento del despido estaba amparada del fuero sindical, ya que se desempeñaba como suplente del presidente del Sindicato Nacional de Empleados Bancarios y del Sector Financiero- SINAEBYF; que el 09 de noviembre de 2016 se notificó a la entidad demandada sobre la conformación del sindicato, y el 17 de diciembre de 2016 se notificó al Ministerio del Trabajo y al demandado de la conformación de la seccional del sindicato; que el 26 de febrero de 2019 ingreso al sindicato SINAEBYF Seccional Bogotá, posteriormente fue parte de la junta directiva del sindicato en el cargo de suplente del secretario; que en marzo de 2020 integró la junta directiva de la seccional en el cargo de suplente del presidente, de la cual fue notificada la demandada el 02 de marzo de 2020; que el 4 de marzo de 2020 fue registrada el cambio de la junta directiva seccional ante el Ministerio del Trabajo; que el banco demandado despidió a la actora sin autorización judicial, a pesar de encontrarse amparada por la garantía del fuero sindical por ocupar el cargo de suplente del presidente de la seccional del sindicado SINAEBYF. (Expediente digital PDF. 03 Demanda.pdf páginas 1 a 12)

2. Contestación de la demanda. En su respuesta se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demandada argumentando que el vínculo laboral finalizó bajo los parámetros del artículo 64 del CST; que si bien, recibió una comunicación del 02 de marzo de 2020 por parte de la organización sindical SINAEBYF Seccional Bogotá, en la que se informó sobre la elección de 19 personas de su junta directiva y en la que aparece la demandante en el puesto No 14, en tal documento no se especifica el cargo que

ostentaba, ni tampoco se anexo el acta de asamblea de nombramiento, y de igual forma la certificación de registro de modificación de la junta directiva de la seccional Bogotá de SINAEBYF con fecha de 04 de marzo de 2020, lo que conduce a establecer que no se cumplió con el requisito esencial para que el fuero sindical produzca efectos.

Frente a los supuestos fácticos aceptó los enlistados en los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 5° y 9°, relacionados con la existencia de la relación laboral y el salario devengado, frente a los demás relativos al despido, y la comunicación del fuero sindical los negó. Propuso como excepciones de fondo las que denominó improcedencia del reintegro, prescripción, buena fe, compensación, y la innominada o genérica (Expediente digital MP4 22AudienciaArt114)

3. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 19 de abril de 2023, en la que el fallador ordenó al Banco Itau Corpbanca Colombia S.A. a reintegrar a la señora Leixi Mirelly Valbuena Ledesma al cargo de auxiliar o a uno de igual o superior categoría; condenó a pagar a favor de la demandante las diferencias salariales dejadas de percibir, reajustes en las prestaciones convencionales y legales como son las primas legales de servicio, vacaciones, cesantías, intereses a las cesantías y aportes con destino al sistema de seguridad social integral. Finalmente condenó en costas a la parte demandante.

Para los fines que interesan al recurso de apelación, el juzgador en primer término señaló que no existe discusión en torno a la condición de trabajadora de la demandante a favor del Banco accionado; tampoco que el 21 de agosto de 2020 le fue finalizado el vínculo laboral por decisión unilateral de este. Así las cosas, centró la discusión frente a la condición de aforada sindical alegada y la existencia de la organización sindical. Con tal propósito citó los artículos 39 de la Constitución Política y, 406 y 407 del C.S.T., entre otras disposiciones, así como el precedente jurisprudencial de la Corte Constitucional, para significar que conforme a la certificación expedida por el sindicato SINAEBYF, la promotora del litigio se encontraba afiliada a este.

Seguidamente, tras verificar el acervo probatorio allegado por la parte demandante sostuvo que la demandante al momento de finalizar el contrato de trabajo (21/08/2020) contaba con el amparo de fuero sindical ya que de conformidad con la constancia del registro de la junta directiva ostentaba el cargo de suplente del presidente, no siendo de recibo la postura de la demandada, pues desconoce tal actuación administrativa; ahora, si bien es cierto la comunicación realizada al empleador fue de manera alfabética sin que se establezca los cargos que ostentaba cada uno de los miembros del sindicato, no puede desconocerse que se llevó a cabo el registro sindical ante el Ministerio del Trabajo donde se establece que la demandante ocupaba el cargo de suplente del presidente, documento que no se puede pasar por alto, y que para el caso concreto, da lugar a prohijar que la demandante acreditó estar amparada por la figura del fuero sindical, y en consecuencia, al no haberse solicitado autorización judicial de levantamiento del fuero sindical, ordenó el reintegro a un cargo similar o de superior categoría, junto con el pago de las acreencias laborales. (Expediente digital. Folios 26 y 27 AudienciaFallo)

4. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, la parte demandada solicita la revocatoria de la decisión de instancia, con fundamento en que de conformidad con la sentencia C 465 del 2008 para que exista oponibilidad de la comunicación de composición de los órganos directivos de una organización sindical, debe comunicarse al empleador, y en el presente asunto no le era oponible a la accionada la existencia del fuero sindical, ya que la comunicación se realizó en un orden diferente al registro que se hizo en el Ministerio del Trabajo; que en sentencias STL3109 del 2017, STL88168 del 2018 y STL769 del 2019 se ha dispuesto que la primera comunicación que se realice al empleador es el que surte efectos; que el juzgado hace una indebida

interpretación como quiera que colige que el requisito de oponibilidad es solo el poner en conocimiento lo que se depositó posteriormente ante el Ministerio de Trabajo, a pesar de que la Corte Suprema de Justicia, en sede de tutela ha manifestado que la primera notificación que es la que surte realmente efectos; que la primera notificación se realizó el 2 de marzo del año 2020 con un listado que no corresponde a la composición de la junta directiva; que el a quo realizó el interrogatorio de la demandante y lo tomó como prueba a su favor; que la accionante en el interrogatorio menciona que hubo dos notificaciones, una notificación que se realiza de manera alfabética y hay otra que se realiza con los cargos y la composición de la junta que quedó depositada ante el Ministerio de Trabajo; que la demandada no tenía cómo conocer la composición de la junta directiva; que la entidad demandada solo se enteró de la composición de la junta directiva depositada ante el Ministerio de Trabajo con la comunicación del 24 de agosto del 2020, es decir, posterior a la terminación del contrato de trabajo; que queda claro que en el presente proceso no procedía la existencia del fuero sindical como quiera que la demandante sale de esa junta directiva, que por demás no cumple con el tiempo estatutario. En síntesis, solicita la revocatoria de la decisión con la denegatoria de las pretensiones incoadas por la demandante.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por la 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.

2. Problema jurídico. Así las cosas, corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico: ¿La demandante gozaba de fuero sindical al momento de producirse su despido y por tanto la empleadora estaba obligada a solicitar permiso judicial para finiquitar el vínculo?

3. Existencia de la relación laboral, extremos y salario. Debe comenzar por señalarse que no fue materia de controversia lo atinente a la existencia del contrato de trabajo de Leixi Mirelly Valbuena Ledesma con Itaú Corpbanca Colombia S.A., sus extremos temporales, cargo y salario, pues son supuestos fácticos que emergen con claridad de las documentales adosadas al plenario, entre otros, el certificado laboral emitido por la entidad demanda (Expediente electrónico, 03Demanda.pdf,pag 16) y la carta de terminación de la relación laboral (Expediente electrónico, 03Demanda.pdf,pag 15); además fueron aceptados expresamente en la contestación de la demanda.

4. Existencia del Sindicato y su afiliación. La existencia de la organización sindical denominada **Sindicato Nacional de Empleados Bancarios y del Sector Financiero– SINAEBYF**, de primer grado e industria, fue acreditada con la certificación expedida por la coordinadora del grupo de archivo sindical del Ministerio de Trabajo (Expediente electrónico, 03Demanda.pdf, pág 17). Adicionalmente, se halla probada la afiliación de la demandante al citado sindicato, pues se observa en el expediente certificación expedida por el presidente de SINAEBYF Seccional Bogotá. (Expediente electrónico, 03Demanda.pdf, pág 70)

5. Fuero sindical. Como se evidenció en los antecedentes de esta providencia, el ataque formulado contra la sentencia de primer grado se formula respecto a consideración relativa a la notificación que de la calidad de miembro de la junta directiva en posición de suplente hizo la organización sindical a la empleadora, pues mientras la censura estima que no se le comunicó en debida forma, el a quo consideró que se le notificó oportunamente esa decisión colectiva, debido a que se hizo el registro de modificación de junta directiva ante el Ministerio de Trabajo, sin que pueda desconocerse tal documento.

Planteadas así las cosas, ciertamente el artículo 371 del C.S.T. dispone que cualquier cambio total o parcial en la junta directiva de un sindicato debe ser comunicado en los mismos términos indicados en el artículo 363 *ejusdem*, pues mientras no se llene este requisito, el cambio no surte efecto alguno, en tanto que ello tiene como fin no solo que la condición de aforados de los nuevos integrantes le sea oponible al patrono, sino, además, que el empleador tenga certeza de que trabajadores cuentan con tal calidad y hasta cuando persiste. Así, la garantía foral es oponible al empleador cuando dicha modificación le es comunicada por escrito, de conformidad con la citada preceptiva, según la cual dispone lo siguiente:

> *"**ARTICULO 363. NOTIFICACIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 43 del Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> Una vez realizada la asamblea de constitución, el sindicato de trabajadores comunicará por escrito al respectivo empleador y al inspector del trabajo, y en su defecto, al alcalde del lugar, la constitución del sindicato, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de los fundadores. El inspector o alcalde a su vez, pasarán igual comunicación al empleador inmediatamente."*

A propósito de los reproches señalados por la apelante, debe precisar la Sala conforme a la norma reseñada, que el acto de publicidad que legitima al sindicato para ejercitar los derechos que le corresponden frente a terceros o que anuncia cambios en su junta directiva y que hace exigibles los derechos que dimanan de su pertenencia a él, es la comunicación escrita al respectivo empleador y al inspector de trabajo, sin que la norma obligue notificar conjuntamente a estos dos sujetos para perfeccionar tal acto, pues se entiende como suficiente la comunicación a uno de los dos, ya que si se produce en primer término a la autoridad del trabajo o a la primera autoridad política, la norma obliga a que estos pasen de manera inmediata igual comunicación al empleador, lo que significa que al ser varias las comunicaciones mediante las cuales el sindicato publica su constitución o los cambios en sus directivas, la protección foral se predica a partir de la primera de ellas.

Así, lo dijo la Corte Constitucional en sentencia C-465 de 2008, mediante la cual se examinó la constitucionalidad del artículo 371 del C.S.T., quien esbozó sobre el momento a partir del cual tienen eficacia los cambios en la integración de la junta directiva de un sindicato, lo siguiente:

> *"Ahora bien, en el caso de los empleadores y el Gobierno es fundamental la determinación acerca del momento en que adquieren eficacia los cambios para establecer cuáles son los trabajadores amparados por el fuero sindical. De acuerdo con el artículo 371, los cambios en la junta directiva de un sindicato solamente surten efectos luego de que se hubiera notificado de ellos, por escrito, al inspector del trabajo y al empleador. Dado que, por lo regular, las dos notificaciones no son simultáneas, la pregunta que surge es si el amparo del fuero opera desde que se practica la primera notificación o solamente a partir de que el Ministerio y el patrono hayan recibido la comunicación.*
>
> *La Corte considera que, desde la perspectiva del derecho constitucional de asociación y libertad sindical, la respuesta apropiada es que la protección foral opere desde que se efectúa la primera notificación. Ello, por cuanto en el caso de que el primer notificado hubiere sido el empleador éste adquiere desde el mismo momento de la comunicación la obligación de respetar el fuero sindical de los nuevos dirigentes. Y porque, en el caso de que el primer notificado hubiera sido el Ministerio, éste adquiere la obligación de comunicar inmediatamente al empleador sobre la designación realizada."*

En esa misma dirección, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia de tutela STL3109-2017, reiterada en sentencias STL8168-2018 y STL4769 de 2019, señaló lo siguiente:

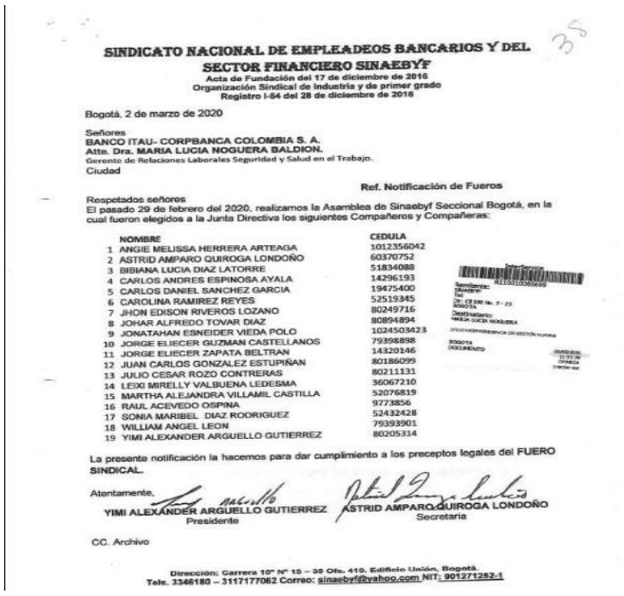
"(…) se tiene que para que fuera eficaz, válido y oponible el fuero sindical (…) debió cumplirse con el requisito de comunicar a su empleador su condición de miembros de la Junta Directiva de la organización sindical, de otra manera, se estaría violando la garantía superior del debido proceso.

Así las cosas, para que sea oponible al empleador la condición de aforado de un trabajador, esta debe ser comunicada por escrito, como se explicó en precedencia. Por tanto, para el caso del empleador opera inmediatamente después de que le ha sido comunicado y para el Ministerio del Trabajo surge la obligación de informar al empleador el cambio realizado a efecto de que se surta la notificación de este, tal como lo precisó la Corte Constitucional en la sentencia C-465 -08 del 14 de mayo de 2008 al declarar condicionalmente exequible el artículo 371 del C.S.T., en el entendido que «desde la perspectiva del derecho constitucional de asociación y libertad sindical, la respuesta apropiada es que la protección foral opere desde que se efectúa la primera notificación. Ello, por cuanto en el caso de que el primer notificado hubiere sido el empleador éste adquiere desde el mismo momento de la comunicación la obligación de respetar el fuero sindical de los nuevos dirigentes. Y porque, en el caso de que el primer notificado hubiera sido el Ministerio, éste adquiere la obligación de comunicar inmediatamente al empleador sobre la designación realizada», procedimiento que no fue acreditado en el citado trámite, por lo que no se le puede imponer a la accionante una carga que no le corresponde, pues ello constituye una violación a la garantía constitucional del debido proceso."

Aplicando las reglas jurisprudenciales anteriormente expuestas al caso concreto, no existe duda de que la aquí demandante fue nombrada el 29 de febrero de 2020 en asamblea general como miembros de la junta directiva del sindicato SINAEBYF (Expediente electrónico03Demanda.pdf pág. 56). Sin embargo, como quiera que deriva el fuero sindical que reclama de esa condición de miembro, de conformidad con el artículo 406 del C.S.T., según el cual "*c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más"*, resta examinar la Sala puntualmente si en los términos del artículo 363 de la misma norma sustantiva, la trabajadora o la organización sindical comunicaron por escrito al respectivo empleador la modificación de la citada junta, para que surtan efectos legales aquella prerrogativa, es decir, la garantía foral.

Conforme a lo anterior, si bien no fue un hecho discutido en la contestación de demanda por parte de Itaú Corpbanca Colombia S.A. que recibió comunicación de la agremiación sindical en la que se informaba la modificación de la junta directiva el 02 marzo de 2020, sin embargo, dejó claro que en aquella misiva se informó que la actora no se eligió como directiva sindical, pues se adujo "*la elección de la demandante en el puesto No 14 la ubica por fuera de los 5 principales y 5 suplentes de que trata el literal c) artículo 406 del CST*".

Al respecto, verificada la misma, se tiene que la asociación sindical comunicó a la empleadora lo siguiente:



SINDICATO NACIONAL DE EMPLEADOS BANCARIOS Y DEL SECTOR FINANCIERO SINAEBYF
Acta de Fundación del 17 de diciembre de 2016
Organización Sindical de Industria y de primer grado
Registro I-54 del 28 de diciembre de 2016

Bogotá, 2 de marzo de 2020

Señores
BANCO ITAU- CORPBANCA COLOMBIA S. A.
Atte. Dra. MARIA LUCIA NOGUERA BALDION.
Gerente de Relaciones Laborales Seguridad y Salud en el Trabajo.
Ciudad

Ref. Notificación de Fueros

Respetados señores
El pasado 29 de febrero del 2020, realizamos la Asamblea de Sinaebyf Seccional Bogotá, en la cual fueron elegidos a la Junta Directiva los siguientes Compañeros y Compañeras:

	NOMBRE	CEDULA
1	ANGIE MELISSA HERRERA ARTEAGA	1012356042
2	ASTRID AMPARO QUIROGA LONDOÑO	60370752
3	BIBIANA LUCIA DIAZ LATORRE	51834088
4	CARLOS ANDRES ESPINOSA AYALA	14296193
5	CARLOS DANIEL SANCHEZ GARCIA	19475400
6	CAROLINA RAMIREZ REYES	52519345
7	JHON EDISON RIVEROS LOZANO	80249716
8	JOHAR ALFREDO TOVAR DIAZ	80894894
9	JONATAHAN ESNEIDER VIEDA POLO	1024503423
10	JORGE ELIECER GUZMAN CASTELLANOS	79398898
11	JORGE ELIECER ZAPATA BELTRAN	14320146
12	JUAN CARLOS GONZALEZ ESTUPIÑAN	80186099
13	JULIO CESAR ROZO CONTRERAS	80211131
14	LEIXI MIRELLY VALBUENA LEDESMA	36067210
15	MARTHA ALEJANDRA VILLAMIL CASTILLA	52076819
16	RAUL ACEVEDO OSPINA	9773856
17	SONIA MARIBEL DIAZ RODRIGUEZ	52432428
18	WILLIAM ANGEL LEON	79393901
19	YIMI ALEXANDER ARGUELLO GUTIERREZ	80205314

La presente notificación la hacemos para dar cumplimiento a los preceptos legales del FUERO SINDICAL.

Atentamente,

YIMI ALEXANDER ARGUELLO GUTIERREZ
Presidente

ASTRID AMPARO QUIROGA LONDOÑO
Secretaria

CC. Archivo

Dirección: Carrera 10ª Nº 19 – 39 Ofc. 410. Edificio Unión, Bogotá.
Tels. 3346180 – 3117177062 Correo: sinaebyf@yahoo.com NIT: 901271282-1

De acuerdo con ello, la comunicación de cambio de junta directiva aportada registra 19 miembros, entre ellos, la accionante, quien ocupa en dicho listado el puesto núm. 14, por manera, atendiendo que las disposiciones en cita amparan con la garantía foral a diez miembros de la junta directiva sindical, pues el artículo 407 del C.S.T. señala que cuando la directiva se componga de más de cinco (5) principales y más de cinco (5) suplentes, el amparo sólo se extiende a los cinco (5) primeros principales y a los cinco (5) primeros suplentes **que figuren en la lista que el sindicato pase al empleador**, la Sala encuentra que no se halla acreditado que la señora Valbuena Ledesma, en tal condición, fuera beneficiaria del fuero sindical alegado, pues, el empleador pese a que tuvo conocimiento del cambio, verificó que la actora no se encontraba entre los diez miembros que señala la norma en comento, de tal suerte le impedía la oponibilidad de la condición de aforada, ante la falta de publicidad de su acto de nombramiento dentro los miembros previstos en la norma.

En otras palabras, pese a que la asamblea general la nombró como suplente del presidente de la junta directiva del sindicato SINAEBYF, para la encartada, de cara a la comunicación y atendiendo que la garantía foral cobija a solo diez de los miembros de la junta directiva, coligió que la misma no era beneficiaria del fuero, pues la agremiación sindical así lo afirmó al indicar que la promotora del proceso ocupaba el puesto núm. 14 entre todos los nombrados, de tal forma y ante dicho evento es claro que el cognoscente de primer grado se equivocó al inferir que debía tenerse en cuenta la constancia de depósito allegada al Ministerio del Trabajo, misma que sea de paso decirlo, no aparece en el cartapacio que se haya comunicado al empleador en fecha anterior a la finalización del contrato.

Ahora, en cuanto al reproche esencial del asunto bajo estudio que estriba en que tal carga se suplió con el registro de modificación de la junta directiva ante el Ministerio de Trabajo, debe decir esta Corporación que la inscripción del acta modificatoria de la junta directiva ante la citada cartera ministerial se llevó a cabo el 4 de marzo de 2020 a la hora de la 3:30 p.m. (expediente electrónico PDF, 06SubsanacionDemanda.pdf,19 y 20) y no debe entenderse, como lo entendió el a quo, como la primera notificación conforme a lo establece el artículo 363 del C.S.T., ello en atención a que si bien esta cumplió con la finalidad de comunicar por escrito al Ministerio del Trabajo la modificación de los directivos de la agremiación sindical, con la declaración de los nombres e identificación de cada uno de ellos, no puede pasarse por desapercibido que (i) la primera notificación de dicho acto se dio con la comunicación que SINAEBYF realizó el 02 de marzo de 2020 ante el empleador, la cual es oponible a este último, según el criterio de las Altas Corporaciones, pero en todo caso si se admitiera

lo contrario, dentro del haz probatorio (ii) no se encuentra constancia de que dicho ente público haya comunicado al empleador la nueva designación de los directivos.

Corolario de lo anterior, es claro para esta Sala que el empleador no tuvo conocimiento de su designación como suplente del presidente de la Junta Directiva, lo que imposibilita el reconocimiento de la condición de aforada sindical.

Como resultado de lo expuesto, se revocará la sentencia impuesta en primer grado, declarando probada la excepción de improcedencia del reintegro.

6. Costas. En segunda instancia costas a cargo de la parte demandante y a favor de la entidad demandada. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la parte demandante. Tásense.

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 19 de abril de 2023, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual ordenó el reintegro, para en su lugar DECLARAR probada la excepción de improcedencia del reintegro, propuesta por el Banco Itau Corpbanca Colombia S.A., conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER al Banco Itau Corpbanca Colombia S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas por la demandante Leixi Mirelly Valbuena Ledesma, conforme a la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada. Las de primera se revocan y correrán a cargo de la demandada. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ
Magistrada

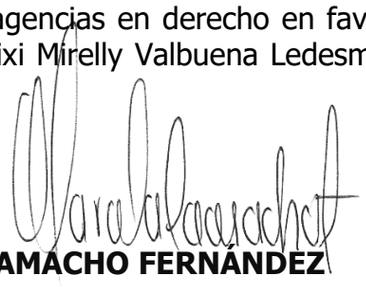
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

Costas en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del Banco Itau Corpbanca Colombia S.A., y a cargo de Leixi Mirelly Valbuena Ledesma, en la suma de $500.000.



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: ***DAIRO ALEIZER FERREIRA YANGUMA***
DEMANDADO: ***BAVARIA S.A. Y OTROS.***
RADICACIÓN: ***110013105-032-2017-00828-03***
ASUNTO: ***APELACIÓN SENTENCIA***
TEMA: ***CONTRATO DE TRABAJO Y PRESTACIONES***

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. DAIRO ALEIZER FERRERIA YANGUMA instauró demanda ordinaria contra BAVARIA S.A., con el fin de que se DECLARE la existencia de un contrato a término indefinido desde el 06 de mayo de 1999 y actualmente vigente; que se declare que padece de una enfermedad de origen laboral, por lo que tiene una incapacidad permanente parcial, en consecuencia, se condene a BAVARIA S.A. a incluirlo en la nómina mensual, al pago de los derechos establecidos en la Convención Colectiva o Pacto Colectivo, incluyendo prima de diciembre, prima de pascua, prima de junio, prima de descanso, primas legales e incentivos de corto plazo para los trabajadores del nuevo régimen, prima de subsidio familiar, seguro de vida especial, seguro de vida y riesgo, e incrementos para personal operativo; que se condene a la diferencia salarial desde el 06 de mayo de 1999, la reliquidación de cesantías, los intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, sanción por no pago de las cesantías a un fondo de conformidad con el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, sanción por no consignación de los intereses a las cesantías, aportes realizados al sistema de seguridad social en salud y pensiones, la indexación, lo extra y ultra petita, y las costas procesales.

Como fundamento fáctico de sus pretensiones señaló en síntesis que, ingresó a trabajar al servicio de BAVARIA S.A. desde el 06 de mayo de 1999 por intermedio de SERDÁN S.A.; que la prestación del servicio siempre fue de manera continua e ininterrumpida a favor de BAVARIA S.A. por intermedio de diferentes intermediarias; que desempeñó el cargo de Operario de Montacargas o Auto elevador en la planta de producción de BAVARIA S.A.- TECHO; que desde el mes de agosto de 2015 se encuentra cobijado por el artículo 140 del CST; que siempre hizo uso de los servicios prestados por BAVARIA S.A. en relación con los funcionarios de planta, como transporte, clubes sociales y deportivos, y restaurante; que siempre trabajó bajo permanente subordinación de BAVARIA S.A., ya que era quien le impartía órdenes y le imponía horarios; que BAVARIA S.A. se ha beneficiado de los servicios personales del demandante por más de 18 años; que padece de patologías de origen laboral calificadas por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez mediante dictamen No 93422084-8395 del 24 de junio de 2017, con los siguientes diagnósticos: Discopatia Lumbar, Otras Dorsalgias, Lumbago, y otros trastornos específicos de los discos intervertebrales; que a la fecha se encuentra en estudio de las siguientes patologías: Hipoacusia Neurosensorial bilateral de origen

laboral, Cefalea, Hipoacusia mixta conductiva, contractura muscular, Espasmos paravertebrales en región lumbar, Comprensión radicular, Quistes oparadiculares del sacro, Hernia de shmormol en T12, Dorsalgia mecánica, Lumbalgia Crónica, Cervicalgia y lumbalgia, Lesión de hombro, Síndrome de Manguito rotatorio, Gastritis Crónica, Colon irritable y Lumbago con ciática; que tiene una incapacidad permanente parcial; que la demandada fue notificada de las patologías y restricciones medicas; que el 01 de agosto de 2014 notifica a la demandada las dolencias por sus múltiples patologías y los insta a que se lleve a cabo su reubicación de puesto de trabajo, pero no fue atendida; que ha notificado de manera constante la incapacidades por sus patologías ante la demandada; que se realizó análisis del puesto de trabajo, donde se evidencia la prestación de servicios de forma permanente y personal por más de 18 años; que el salario devengado era de $905.610, mientras que los trabajadores directos de BAVARIA S.A. devengan la suma de $2.500.000; que no ha podido acceder a los beneficios establecidos en la Convención Colectiva y el Pacto Colectivo. (Fols. 2 a 38, y 356 a 388).

2. Contestaciones:

2.1 BAVARIA S.A.. Dio contestación oponiéndose a las pretensiones bajo el argumento de que el demandante no tuvo vinculación laboral ni le prestó servicio alguno a Bavaria S.A., al contrario, se evidencia que el actor ha tenido más de un empleador debidamente identificado, como son SERDÁN S.A., y SUPPLA S.A., terceros independientes y diferentes a BAVARIA S.A.; que Bavaria S.A., no ejerció y ejerce en la actualidad la facultad subordinante. Como excepciones de mérito rotuló las de inexistencia de las obligaciones reclamadas, compensación, buena fe, cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia del contrato de trabajo, y cosa juzgada. (fols. 506 a 520)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 01 de febrero de 2022, reconstruida el 10 de octubre de 2022, mediante la cual el Juzgado declaró probada la excepción de cobro de lo no debido frente a la reliquidación de salarios, prestaciones sociales, aportes a la seguridad social y no probada la excepción de inexistencia del contrato de trabajo; declaró que entre el demandante DAIRO ALEIZER FERREIRA YANGUMA y la demandada BAVARIA S.A. existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 06 de mayo de 1999 y el cual se encuentra vigente; condenó a BAVARIA S.A. a asumir el pago de los salarios y prestaciones sociales del demandante, para lo cual deberá tener en cuenta el cargo desempeñado por el demandante y conforme al salario que le corresponde al operario montacargas conforme el Pacto Colectivo de Trabajo; absolvió de las demás pretensiones a BAVARIA S.A. y la gravó en costas procesales. (Fol. 1 a 2 archivo No 17 con audiencia virtual y Folio. 1 a 2 archivo No 25 con audiencia virtual)

Fundamentó su decisión, en que, de conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, al actor le corresponde acreditar la prestación personal del servicio para que se active la presunción en su favor, lo que efectivamente aconteció ya que el actor logró demostrar que prestó sus servicios a BAVARIA S.A. desde el 06 de mayo de 2019, y que si bien el pago de los salarios eran a través de terceras personas, lo cierto es que los servicios siempre se prestaron a favor y en beneficio de Bavaria S.A., sin que esta entidad haya efectuado actividad probatoria alguna tendiente a desvirtuar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, por lo que, declaró la existencia de la relación laboral directa con BAVARIA S.A..

Ahora, en lo relacionado con el extremo final de la relación laboral, adujo que la misma se mantiene vigente por aplicación del artículo 140 del CST, es decir, que el trabajador tiene derecho a percibir salario aun cuando no haya prestación del servicio por

disposición o culpa del patrono, llamando la atención del despacho el uso desmedido de tal figura jurídica, ya que no se observa ninguna justificación, y por el contrario se infiere que la aplicación del artículo 140 del CST tiene relación con las actividades sindicales en procura de salvaguardar los derecho de los trabajadores.

En cuanto a la reliquidación de salarios y prestaciones sociales, e igualmente frente a los beneficios establecidos en el pacto colectivo, consideró que no está establecido el salario que corresponde al interior de BAVARIA S.A. para los trabajadores que conforme lo aduce en la demanda desempeñaban las mismas funciones que el actor; que el demandante debía acreditar las diferencias entre su salario y el que percibían otras personas en igual condición, en el mismo cargo y con iguales funciones; que si bien en el pacto colectivo se establecen diferentes cargos de la empresa en el que se relaciona el Grupo 7C en el rol de Operario Autoelevador, lo cierto es que, no se tiene claridad sobre ese aspecto que permita emitir una condena sobre diferencias salariales; sin embargo, a pesar de no ser procedente una condena retroactiva, si resulta procedente ordenar que a partir de la presente decisión y hacia el futuro se le reconozca sus salarios y prestaciones de acuerdo a la categoría establecida en el pacto colectivo para los operarios autoelevadores del Grupo 7C.

En lo referente a la estabilidad laboral reforzada, mencionó que las pruebas aportadas no permiten determinar con certeza la situación de salud del demandante, y si bien se hizo referencia a la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca del 15 de enero de 2021, tal documento no obra en el proceso, a pesar de que lo hubiera podido aportar como una prueba sobreviniente, por lo que se absolvió de tal pretensión; no obstante, dijo que en el evento de acreditar la calificación ante su empleador donde se acredite su estado de salud, puede eventualmente ser beneficiario de la estabilidad ocupacional reforzada.

Finalmente, declaró no probada la excepción de inexistencia de contrato de trabajo, y declaró probada la excepción de cobro de lo no debido en lo referente a la reliquidación de salarios y prestaciones sociales, condenando en costas a Bavaria S.A. y a favor del demandante.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, fue interpuesto recurso de alzada por las siguientes partes procesales:

5.1 Demandante: Presenta recurso de apelación parcial frente al reconocimiento y pago de la reliquidación de todos los beneficios establecidos tanto en la convención colectiva como el pacto colectivo, mismo que señala el grupo 7 o grupo 7C, donde está el cargo de operario auto elevador, dentro del grupo de operador de procesos, señalando de forma puntual cual es el salario que devengan estos trabajadores; que conforme la historia laboral de Colpensiones, el trabajador venia devengado un salario mínimo, encontrando una diferencia salarial de más de un millón y medio entre el salario que actualmente devenga y lo que tenía derecho el trabajador conforme la convención colectiva y el pacto colectivo, último este al que se adhirió en el año 2015; que se solicita el reconocimiento y pago de la prima de diciembre, de pascua, de junio, prima de junio, y una serie de beneficios que se establecen en la Convención Colectiva y Pacto Colectivo, pero no ha podido acceder por no haber sido reconocido su contrato de trabajo; que frente a la estabilidad laboral reforzada, debe tenerse en cuenta que el proceso inició en el año 2017, durante ese lapso no se allegaron documentos nuevos con el fin de que la parte demandada pudiera dar respuesta a toda la información que se tenía; sin embargo, eso queda como aprendizaje para futuras oportunidades; que efectivamente desde el año 2017 no se ha actualizado la historia clínica, pero ello no

quiere decir que el estado de salud del demandante sea excelente, prueba de ello es que ya existe una calificación por parte de la Junta Nacional donde se determina una serie de patologías que ya están calificadas como de origen profesional, y efectivamente se encuentra también toda una historia clínica y una serie de enfermedades que dan cuenta que su recuperación no es tan fácil, por lo que, se solicita que se estudie el tema a profundidad y se le reconozca al demandante la estabilidad laboral reforzada.

5.1 Demandada: Solicita se revoque en su totalidad la sentencia de primer grado, con sustento en que el despacho se equivoca al no haber tenido en cuenta que la parte demandante desistió de la pretensión sexta de la demanda relativa a que el demandante desarrolló actividades laborales propias del objeto social de la empresa, además que el juzgado le ordenó condensar las pretensiones, pero la parte demandante desistió; que el juzgado cimienta un presunto contrato realidad sobre una pretensión inexistente; que el juzgado no podía declarar la existencia de la relación laboral y mucho menos afincar una presunción con base en una pretensión desistida; que la parte demandante también desistió de otras pretensiones como la que va desde la 12 a la 15, la cual hacen relación a una notificación de la ARL Sura del dictamen; del mismo modo las pretensiones 17 a 21 en la que se dice que Bavaria se notificó de las patologías, y que se efectuó el traslado del lugar de trabajo el 27 de marzo de 2015; que la parte demandante al haber desistido de esas pretensiones, también desiste de los hechos que hacen relación a dichas pretensiones, con lo cual, al ser hechos propios de la existencia de un contrato realidad, evidentemente estaba destruyendo sus pretensiones que son la declaración de un contrato realidad; que incluso la parte demandante desistió de los hechos 12 y del 27 a 31 que hacían relación a los beneficios colectivos, liquidación de cesantías, consignación de cesantías, etc; que no se puede hacer una declaración sobre algo que ya salió de la esfera y órbita que pretende el litigio; que el juzgado se duele de que Bavaria S.A. no desvirtuó ni cumplió con la carga de la prueba que establece el art 167 del CGP, pero omite hacer un análisis de los principios fundamentales del derecho procesal, el principio de la comunidad de la prueba, ya que existe una cantidad de probanzas que lo único que acreditan es que el demandante siempre laboró con otras empresas; que existe una cantidad de documentos que dan cuenta, por ejemplo, que había celebrado un contrato de trabajo con SERVIOLA, con SERDÁN, y con MANPOWER, lo que denota que la prestación del servicio fue con esas empresas y no con BAVARIA S.A.; que los comprobantes de pago del salario no son emitidos por BAVARIA S.A.; que el despacho no tuvo en cuenta que existen unas empresas de servicios temporales, como Activos o SUPLA, incluso se habló de la Corporación Colombiana de Logística, pero el juzgado no se detiene a analizar que la contratación con empresas de servicios temporales es completamente válida; que si el juzgado hubiese analizado en debida forma las disposiciones de la ley 50 del año 1990, se habría percatado que lo único que se demuestra es que el demandante fue trabajador de dichas empresas y que la prestación del servicio fue para tales entidades y no para Bavaria; que el despacho negó unos oficios, donde se hubieran percatado de la existencia de una relación laboral como trabajador en misión de unas empresas aparte de BAVARIA S.A.; que cosa distinta sería que Bavaria hubiese contratado alguna de esas empresas y se hubiera vinculado al demandante como trabajador en misión; que hay varios periodos en que el demandante fue trabajador en misión, y no de Bavaria; que el despacho no tuvo en cuenta el documento de análisis del puesto de trabajo, donde aparecen las funciones del demandante, y que refiere a que el demandado trabaja para Supla, y allí no se dice que el demandante cumpliera funciones relativas al objeto social de Bavaria, además que tal documento no fue tachado ni desconocido; que no se evidencian ordenes de ninguna persona de Bavaria; que también existe una certificación de SERDÁN donde se expresa que el demandante

fue trabajador de esa empresa; que la gran mayoría de documentos dan cuenta de la prestación de servicios del accionante con empresas distintas a mi representada; que el hecho de que lo hayan invitado a unas fiestas de fin de año no demuestra la existencia de la relación laboral, ya que es un documento que refiere que "van todas las marcas" y este no se podía analizar de manera tan aislada como lo hizo el juzgado, pues en efecto habían operadores logísticos en Bavaria y probablemente se hayan invitado a los trabajadores del operador logístico; que en el certificado de Porvenir S.A. se hace relación a varias empresas que le hicieron cotizaciones al demandante, empezando su cotización con SERDÁN en el año 1999, luego en el año 2005 hasta 2008 aparece Manpower y Serviola, y desde el año 2010 viene con SUPLA, lo que demuestra que hubo solución de continuidad en la prestación del servicio, y además ninguna de esas empresas tiene que ver con Bavaria; que las solicitudes de vacaciones fueron realizadas ante SUPLA y no ante Bavaria; que los salarios fueron pagados por empresas diferentes a BAVARIA, además que en los desprendibles se menciona que fue auxiliar operativo de montacargas, y el juez ahora dice que fue operario de montacargas, además que no se indica que estaba laborando en Bavaria o en Bavaria techo; que existe diferencias entre el auxiliar y operario de autoelevador o montacargas, ya que el auxiliar no es el operario de la máquina; que unos testigos dijeron que el demandante era operario de auto elevador o montacargas, cuando el demandante lo único que era, era auxiliar operativo de montacargas; que existen unas liquidaciones de prestaciones sociales de Almagran, con el rotulo de Bogotá – zona franca, cargo montacarguista, siendo que ello no corresponde con Bavaria S.A.; que igualmente SUPLA y MANPOWER le hace el pago de salarios y prestaciones, lo que denota que el demandante no estaba prestando ningún servicio en Bavaria; que existe una certificación del 10 de junio de 2009 con CCL, pero la liquidación de prestaciones con Activos S.A. va a partir del 10 de junio de 2009, y luego ingresó el 02 de agosto de 2009 en un sitio distinto, lo que desdice lo dicho por el juez sobre la prestación del servicio; que el demandante prestaba servicios en otros sitios diferentes a Bavaria; que según la certificación de SUPLA se dice que fue auxiliar operativo de montacargas, es decir, que no fue operario montacarguista, no siendo la misma actividad; que todas las certificaciones y documentales lo único que permiten inferir es que efectivamente el demandante laboró, pero para empresas distintas a Bavaria S.A.; que existe una comunicación del 27 de marzo del 2015, donde SUPLA le comunica la terminación del contrato de operación logística suscrito con Bavaria S.A. a partir de 30 de marzo del año 2015, debiéndose presentar a partir de esa fecha a la carrera 78 # 8-46 de Bogotá, es decir, un lugar que no corresponde a BAVARIA S.A.; que tal documento no fue valorado por el juez de instancia, además que con ese documento se demuestra que no laboró para BAVARIA S.A., incluso tal documento no fue tachado por la parte actora; que se insistió para que se arrimaran esos contratos de operación logística pero no fue posible; que en gracia de discusión solo se tendría como fecha de prestación de servicios a BAVARIA S.A. hasta el 30 de marzo de 2015; que el mismo demandante confiesa que después de esa calenda debían presentarse a otro lugar diferente a BAVARIA S.A.; que no se sabe a partir del 30 de marzo de 2015 si SUPLA actuó como intermediario, ya que no existió vínculo alguno entre BAVARIA S.A. y SUPLA S.A.; que SUPLA debió ser vinculada al proceso para determinar por cuánto tiempo hace que le estaba aplicando el artículo 140 del CST al demandante; que sí el demandante es directivo sindical no hay por qué aplicarle un pacto colectivo de trabajo, ya que no se puede beneficiar de la convención colectiva y del pacto colectivo al mismo tiempo; que es un contrasentido que el juzgado imponga una obligación a BAVARIA S.A. a partir de la fecha de la sentencia, relativa a que pague una nivelación salarial, sin estar acreditado que el demandante es beneficiario de los acuerdos colectivos; que aunque comparte la apreciación del juzgado en lo relativo a que el demandante no goza de ninguna clase de estabilidad laboral reforzada, debió rechazar la petición que hizo la

parte demandante en relación con la presunta calificación de pérdida de capacidad laboral, porque no podía sorprender con tal probanza en los alegatos de conclusión, sino que debía haberlo puesto de presente previamente para ejercer el derecho de defensa, además que es un documento que ni siquiera la demandada conoció.

6. Alegatos de conclusión. En la oportunidad procesal la parte demandante solicita se mantenga la decisión adoptada en primera instancia y se tenga en cuenta los pedimentos elevados en el recurso de alzada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación y Principio de consonancia. 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.

2. Problemas jurídicos. Consisten en establecer (i) ¿Se configuran los tres elementos esenciales del contrato de trabajo o, por el contrario, la demandada (BAVARIA S.A.) logró desvirtuar la presunción legal del artículo 24 del C.S.T. demostrando que no existió entre las partes una relación laboral dentro de los extremos temporales solicitados en la demanda? En caso positivo, (ii) ¿Le asiste derecho al actor a ser restituido al mismo sitio de trabajo en la planta de BAVARIA S.A., y al pago de las acreencias laborales a partir de la decisión de primera instancia, teniendo en cuenta el cargo desempeñado y conforme al salario que le corresponde al operario de montacargas conforme el pacto colectivo de trabajo? Igualmente, se estudiará (iii) ¿A la fecha de terminación del vínculo laboral el accionante se encontraba amparado por la estabilidad laboral reforzada a causa de su condición de salud y, por ende, la finalización del contrato se torna ineficaz al no contar con el aval del Ministerio del Trabajo?

3. Consideración previa - Principio de congruencia. Para resolver el primer disenso planteado por la pasiva, relativo a que el demandante desistió de algunas pretensiones y hechos, y que por ello, el a quo no podía afincar su decisión teniéndolas en cuenta, pues salieron de la órbita del litigio, acota la Sala que, conforme al principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, toda sentencia judicial debe estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley."* Así, sobre tal principio la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha delineado que es una expresión del debido proceso y del derecho de defensa, y en ese orden, precisa que "*se manifiesta en la obligación del juez de adecuar la definición del juicio a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes."* (SL440-2021).

En ese orden, ha contextualizado que en las decisiones judiciales se presenta una congruencia interna y externa, la primera "*exige armonía y concordancia entre las conclusiones judiciales derivadas de las valoraciones fácticas, probatorias y jurídicas implícitas en la parte considerativa, con la decisión plasmada en la parte resolutiva. Por tanto, el fallo conforma un todo inescindible, un acto complejo, una unidad temática, entre la parte motiva y la resolutiva"*, mientras que la segunda hace referencia a que "*toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación,* ***sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia"*** (CSJ SL2808-2018). Sin embargo, ha previsto desde la óptica

jurisprudencial excepciones a tal principio, a saber, cuando: *"(i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibídem"*

Así las cosas, como se dijo con antelación, el propósito fundamental de la apelación se centra en que al haberse desistido de algunas pretensiones, como la referida a que *"se declare que las actividades laborales desarrolladas por mi poderdante, son propias del objeto social de la empresa",* conduce necesariamente a la absolución de la encartada; sin embargo, de ninguna manera tal aserción puede ser acogida por esta Colegiatura, ya que al subsanarse la demanda se dejaron incólumes pretensiones como la primera en la que solicita que *"se declare que el señor Dairo Aleizer Ferreira Yanguma es trabajador de la empresa BAVARIA S.A., desde el 06 de mayo de 1999, vinculado por medio de contrato a término indefinido"*, igualmente la pretensión cuarta que peticiona que *"se declare que el actor ha prestado sus servicios laborales a favor de la empresa BAVARIA S.A., de manera continua e ininterrumpida, desempeñando actividades propias del objeto social que desarrolla la entidad demandada"*, de manera que, el hecho de que haya desistido de una pretensión no conlleva a que las demás deban desestimarse, además se trata de un aspecto formal que no comporta vulneración del principio de congruencia en la decisión judicial, pues de la integridad del libelo genitor se logra extraer con meridiana claridad que lo pretendido por el actor es la existencia de la relación laboral con BAVARIA S.A., aspecto definido por el a quo en la sentencia que ahora se reprocha por la pasiva.

Ahora, la misma suerte corren los demás disensos relativos a las otras pretensiones y hechos que aduce se desistieron con la subsanación de la demanda, precisando la Sala que si bien la demanda no es un modelo a seguir, ni hace gala de la técnica con que se deben estructurar el libelo genitor, ello no conlleva a concluir, como lo pide el recurrente, que el demandante *"estaba destruyendo sus pretensiones que son la declaratoria de un contrato realidad",* pues como se dijo anteriormente, el escrito de demanda estudiado en su conjunto permitió fijar el litigio en lo relativo a la declaratoria del contrato de trabajo y los demás aspectos que estudio el juez primigenio en la sentencia de primer grado, siendo extemporánea o desafortunada la apelación por parte del apoderado de la pasiva, ya que de hecho, teniendo la oportunidad de proponer la excepción previa de inepta demanda no la procedió de conformidad, ni tampoco presentó objeción al momento de fijar el litigio, por lo que no puede aducir en la alzada aspectos formales del libelo genitor que no conducen a derruir por esa vía la sentencia de primer grado en lo relativo a la existencia del contrato de trabajo.

Así las cosas, considera la Sala, que ninguno de los aspectos referidos a la formalidad de la demanda pueden conllevar a que se revoque la decisión de instancia y se absuelva a la demandada, pues la apelación de la sentencia no puede constituir una oportunidad procesal para debatir dichos aspectos. La sentencia de primer grado desde el punto de vista procesal esta cimentada en las pretensiones de la demanda, la fijación del litigio, las excepciones propuestas y lo debatido en el transcurso del proceso, con lo cual, no se vislumbra que se haya vulnerado el principio de congruencia en la decisión judicial, y por ende, la alzada referida en este aspecto esta llamada al fracaso.

4. Relación laboral. Con el propósito de desatar la precitada controversia, es preciso señalar que para que se configure la existencia de un contrato de trabajo, se requiere de la presencia indiscutible de los elementos que lo integran, los cuales corresponden

según el artículo 23 del C.S.T., a la prestación personal del servicio, la subordinación del trabajador respecto al empleador y el salario como retribución del servicio prestado.

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

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

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha adoctrinado que *"para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada, y en lo que respecta a la continuada subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de trabajo, debe igualmente estar evidenciada"* (criterio reiterado en sentencia SL11977-2017)

En el sub – lite, se tiene que la parte actora señala que su relación laboral con la demandada BAVARIA S.A. tuvo lugar desde el 06 de mayo de 1999 y aún se encuentra vigente. Prestación personal del servicio y extremos temporales que se dividen de la siguiente manera: entre el 06 de mayo de 1999 al 05 de julio de 2008 a través de SERDÁN, como montacarguista de depósito, para el cliente BAVARIA S.A. (Fol. 50 y 114); con la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A., a través de empresas de servicios temporales: desde el 06 de julio de 2008 al 10 de junio de 2009 con ACTIVOS S.A., en el cargo de auxiliar de distribución (Fols. 115); del 15 de junio de 2009 al 02 de agosto de 2009 con SERVIOLA S.A., como auxiliar de montacarga y distribución (Fols. 116); del 02 de agosto de 2009 al 31 de mayo de 2010 con MANPOWER S.A., en el cargo de montacarguista, enviado a la empresa usuaria ALMACENAR, hoy SUPPLA S.A. (Fols. 117), y desde el 01 de junio de 2010 hasta la fecha con SUPPLA S.A., a través de un contrato a término indefinido en el cargo de auxiliar operativo montacargas (Fol. 119).

En este punto se precisa que SERDÁN, la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A. y SUPPLA S.A., contrataron con BAVARIA S.A. la operación logística (Fol. 114 a118, 456, y 468), y en cumplimiento de tal vínculo fue enviado el actor a prestar sus servicios a las instalaciones de BAVARIA S.A., en los lapsos y cargos enunciados anteriormente.

Del mismo modo, el testigo Édgar Tovar Pulido, quien manifestó haber sido compañero de trabajo del actor, dio cuenta de que el señor Dairo Aleizer Ferreira Yanguma se desempeñó en BAVARIA S.A. como operario; recuerda que ingresó en el año 2008 y el ingeniero Álvaro Escobar le presentó al demandante; que laboraron en la planta de producción y almacenamiento de Bavaria Techo; que las funciones del accionante eran como operario de montacarga y autolelevador en las líneas de producción de cervezas, maltas y refajos; indicó que tenían los mismos horarios que los empleados directos y que tenían las mismas rutas que los empleados directos; que le consta lo manifestado, ya que vivían por el mismo sector con el actor; que el ingeniero de Bavaria era quien daba las indicaciones diarias para la línea de producción, cargue y descargue de botellas; que las funciones de desarrollaban en las instalaciones de Bavaria Techo en la línea de producción; igualmente, a la pregunta en relación con los vínculos laborales

con Suppla, Activos, Serviola, Serdán, Corporación Colombiana de Logística y Manpower, respondió que *"tanto él como yo servimos a varias temporales pero esos contratos no eran reales porque los servicios eran directos a Bavaria S.A.."*

De igual modo el testigo José Almeiro Apolinar Torres, manifestó que fue compañero de trabajo del demandante desde el año 2004; que el actor cumplía funciones de operario de montacarga en las líneas de producción; que eran contratados por las temporales "pero ellos firmaban contratos directamente ahí en las instalaciones de Bavaria Techo"; que el demandante prestó sus servicios hasta marzo de 2015, "en ese entonces Bavaria ya no nos dejó laborar, nos mandó para una casa en castilla"; que las instrucciones las daba el ingeniero Álvaro Escobar; que "*todo lo que hacíamos era productos de Bavaria, todo era de Bavaria, los montacargas, todo era de ellos, nunca movimos algo que no fuera de Bavaria, todo era de ahí"*; que los ingenieros eran los que les comunicaban el cambio de temporal y los mandaban a firmar otro contrato para continuar, pero que siempre las actividades eran a favor de Bavaria; que en el cambio de contrato con las temporales se seguían utilizaban las "mismas maquinas".

Asimismo, el testigo Héctor José Forero Gutiérrez manifestó que fue compañero de trabajo del actor, y lo conoció desde el año 2003 cuando entró a trabajar a las líneas de producción; que las funciones del demandante eran manejando el montacargas, auoelevador y en las líneas de producción; que fue él quien le dio la inducción sobre las líneas de producción; que prestaron los servicios para Bavaria S.A. a través de varias agencias temporales; que los ingenieros directos de Bavaria S.A. eran quienes les impartían las funciones y les indicaban que hacer en los turnos; que prestaron sus servicios hasta marzo de 2015 y "*ahí nos mandaron a unas capacitaciones en un salón, el ingeniero nos dio unas cartas para presentarnos allí y hasta esa fecha"*; que "*los camiones y todo lo que está adentro de Bavaria lo maneja Bavaria directamente".*

Lo anterior lleva indefectiblemente a dar por acreditado el primer elemento del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio por parte del accionante, lo que da lugar a la inversión de la carga de la prueba, en donde BAVARIA S.A. deberá desvirtuarla de manera fehaciente, controvirtiendo la prestación personal del servicio, o bien la no existencia de la subordinación, ello enmarcado al postulado "onus probandi", "*incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*" (art.167 C.G.P antes 177 C.P.C), según el cual al demandado bajo el principio de "*'reus, in excipiendo, fit actor'*, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa (Sentencia C-086-2016).

En este punto viene a propósito traer a colación el precedente judicial de la H. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que aunque de vieja data tiene aún carácter vinculante y plena aplicación al sub lite, citado por la Corte Constitucional en la sentencia de Tutela T-694 de 2010, en donde hace un análisis minucioso respecto de la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T, y pregona que para ser desvirtuado en el proceso laboral el extremo litigioso por pasiva debe soportarse válidamente en medios de prueba que permitan dar cuenta que la relación jurídica entre las partes no es de naturaleza laboral, los cuales deben ser de suficiente peso y solidez para que el fallador descarte el vínculo laboral.

Ahora, para ir más allá, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3345-2021 y SL3436-2021, hace referencia a la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo, para significar que la misma contiene un "*haz de indicios que, sin ser exhaustivo, permite examinar de modo panorámico la relación fáctica laboral y determinar con meridiana certeza si entre las partes existió una relación laboral encubierta".*

Más adelante, citando la sentencia SL1439-2021 enmarca varios indicios que la Jurisprudencia nacional ha determinado en sus decisiones y que se acompasan con los referidos en el Convenio 198 de la OIT, a saber:

> *(...) la prestación del servicio según el control y supervisión de otra persona (CSJ SL4479-2020); la exclusividad (CSJ SL460-2021); la disponibilidad del trabajador (CSJ SL2585-2019); la concesión de vacaciones (CSJ SL6621-2017); la aplicación de sanciones disciplinarias (CSJ SL2555-2015); cierta continuidad del trabajo (CSJ SL981-2019); el cumplimiento de una jornada u horario de trabajo (CSJ SL981-2019); realización del trabajo en los locales o lugares definidos por el beneficiario del servicio (CSJ SL4344-2020); el suministro de herramientas y materiales (CSJ SL981-2019); el hecho de que exista un solo beneficiario de los servicios (CSJ SL4479-2020); el desempeño de un cargo en la estructura empresarial (SL, 24 ag. 2010, rad. 34393); la terminación libre del contrato (CSJ SL6621-2017) y la integración del trabajador en la organización de la empresa (CSJ SL4479-2020 y CSJ SL5042-2020).*

Adicionalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL467 de 2019, reiterada en la SL1089-2022, aborda el marco jurídico y jurisprudencial respecto de la tercerización laboral, precisando ciertas características especiales, como a continuación se detalla:

> *"Desde luego que para la Corte la descentralización productiva y la tercerización, entendidas como un modo de organización de la producción en cuya virtud se hace un encargo a un tercero de determinadas partes u operaciones del proceso productivo, son un instrumento legítimo en el orden jurídico que permite a las empresas adaptarse al entorno económico y tecnológico, a fin de ser más competitivas. Sin embargo, la externalización no puede ser utilizada con fines contrarios a los derechos de los trabajadores, bien sea para deslaboralizarlos o alejarlos del núcleo empresarial evitando su contratación directa o, bien sea, para desmejorarlos y debilitar su capacidad de acción individual y colectiva mediante la segmentación de las unidades.*
>
> *La externalización debe estar fundada en razones objetivas técnicas y productivas, en las que se advierta la necesidad de transferir actividades que antes eran desarrolladas internamente dentro de la estructura empresarial, a un tercero, para amoldarse a los cambios de mercado, asimilar las revoluciones tecnológicas y aumentar la competencia comercial.*
>
> ***Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal"*** (Negrilla fuera del texto).

En ese orden, teniendo en cuenta los anteriores parámetros legales, jurisprudenciales y de índole internacional, considera la Sala que BAVARIA S.A. no logró derruir la presunción legal acerca de que la prestación del servicio fue subordinada, por cuanto es evidente que el actor actuó bajo una de sus actividades misionales, en virtud de lo establecido en el certificado de existencia y representación legal (Fols. 423 a 441), ya que además de la fabricación de cervezas, la producción y trasformación de bebidas alimenticias, o fermentadas o destiladas, entre otras, también se dedica a *"la adquisición, enajenación, comercialización, distribución, exportación, almacenamiento y expendio no solo de sus propios productos sino también los de otros fabricantes relacionados con estos ramos industriales"*, actividades desarrolladas por el actor como auxiliar de distribución, auxiliar de recibo y despachos, y auxiliar operativo

montacargas, como fue contratado por terceros, lo cual, conlleva a sacar una primera conclusión, y es que, resulta equivocada la alzada en este tópico cuando manifiesta que la labor del demandante no era parte del objeto social, pues en su argumento dejo de lado la totalidad de las actividades desarrolladas.

Ahora, BAVARIA S.A. en su defensa aduce que la operación logística estaba tercerizada, inicialmente con SERDÁN, luego con la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A. y finalmente con SUPPLA S.A., por lo que no ejerció subordinación; no obstante, acota la Sala que ello solo se quedó en el dicho de la representante legal Catalina Forero Salazar, quien además manifestó que ningún funcionario de BAVARIA S.A. daba instrucciones al demandante, en la medida en que ello estaba a cargo de los supervisores y/o coordinadores del operador logístico, pero en modo alguno en el diligenciamiento se demostró por parte de la encartada que ello hubiere sido de esa manera, por el contrario, los testigos Édgar Tovar Pulido, José Almeiro Apolinar y Héctor José Forero aseveraron que recibían instrucciones de los ingenieros de BAVARIA S.A., como Álvaro Escobar, lo que conllevaba a que BAVARIA S.A., en virtud del traslado de la carga probatoria, demostrara que en efecto tal persona no era su trabajador sino del operador logístico, y no como lo concluyó el cognoscente de instancia, al afirmar que el actor no demostró que las personas de las cuales recibía órdenes eran trabajadores directos de BAVARIA S.A., por ende, en este aspecto también cometió un desatino el juez primigenio.

Igualmente, nada se allega por la encartada en punto a determinar que el ingeniero a que aluden los testigos haya sido el *"interventor de los contratos de los operadores logísticos"*, máxime cuando BAVARIA S.A. no demuestra que la actividad de operación logística hubiera estado tercerizada en debida forma, esto es, que el tercero haya tenido su propia estructura por lo menos desde el aspecto funcional, al contrario, lo que se evidencia es que se quiso evadir la contratación directa a través de terceros.

Del mismo modo, hace relación la alzada a que debieron allegarse los contratos de operación logística, sin embargo, al ser contratos suscritos con BAVARIA S.A., era tal parte a quien le correspondía allegar tal probatura, pues no solo los tenía en su poder por ser contratista, sino también porque su defensa no puede estructurarse bajo supuestos sin medio de convicción que lo sustente. Además, nótese que la representante legal manifestó que *"nosotros solo concesionamos el centro de distribución al operador logístico"*, lo que se refuerza el dicho de los testigos relativo a que la prestación del servicio tuvo lugar en la línea de producción de Bavaria S.A., esto es, en sus instalaciones y que los equipos eran de Bavaria S.A., ya que formalmente estaban concesionados. Manifestó también la representante legal que *"hubo un momento en que sí tuvimos como parte de la operación la operación logística",* permitiendo con ello inferir que no solo ello hace parte de su objeto social, sino también que lo tercerizaron pero en el aspecto formal, lo que lleva a concluir a la Sala que el proceso de tercerización no se acopla a los parámetros legales, dado que no se demuestra que el operador logístico no solo tuviera una estructura organizacional propia, sino que tampoco tenía una aparato productivo propio, y de esa manera, igual como lo dijo la Corte, "*Cuando la descentralización no se realiza con estos propósitos organizacionales y técnicos sino para evadir la contratación directa, mediante entes interpuestos que carecen de una estructura propia y un aparato productivo especializado, y que, por tanto, se limitan a figurar como empleadores que sirven a la empresa principal, estaremos en presencia de una intermediación laboral ilegal".*

De otro lado, ha adoctrinado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL4479-2020), que la tercerización es legal y puede utilizarse para diversos

fines, como una *"(i) la estrategia empresarial de concentrarse en aquellas partes del negocio que son su actividad principal, descentralizando aquellas otras actividades de apoyo que, aunque son básicas, no producen intrínsecamente lucro empresarial; (ii) la externalización de procesos le permite a las empresas acceder a proveedores que debido a su especialización y conocimiento técnico, pueden ofrecer servicios a costos reducidos; (iii) la exteriorización de actividades dota de mayor flexibilidad a las empresas en entornos económicos muy fluctuantes y regidos bajo una demanda flexible";* empero, ni de asomo puede sostenerse que la tercerización de la operación logística en el sub examine haya cumplido tales cometidos, ello en la medida en que no se demostró por BAVARIA S.A. que la tercerización de la operación logística haya estado direccionada funcional y jerárquicamente por el operador logístico contratado, en este caso particular por SERDÁN, luego con la Corporación Colombiana de Logística – CCL S.A. y finalmente con SUPPLA S.A., por el contrario, lo que se evidencia es que solo fueron simples intermediarios que contrataron al demandante para realizar un actividad propia de BAVARIA S.A., o dicho de otro modo, BAVARIA S.A. haciendo uso de la figura de la tercerización laboral evadió la contratación directa del actor.

De lo dicho, en el sub examine, no se demostró por parte de BAVARIA S.A. que la operación logística en la que se incluye las actividades desarrolladas por el actor se haya desarrollado en estricto sentido con autonomía técnica, administrativa y directiva por parte del operador logístico contratado, y mucho menos se logra demostrar que el operador logístico (SERDÁN, CCL S.A. y SUPPLA S.A.) haya tenido "*una estructura propia y un aparato productivo especializado",* y bajo ese horizonte, considera la Sala que el juzgador de primer grado acertó en la declaratoria de la relación laboral directa con BAVARIA S.A..

Finalmente, se hace alusión por el recurrente a las diferentes certificaciones laborales emitidas por SERDÁN, CCL S.A. y SUPPLA S.A., incluso la solicitud de vacaciones dirigida a SERDÁN, y el informe de estudio del puesto de trabajo realizado por SUPPLA S.A., en la que desde el punto de vista formal se hace relación a que los empleadores son tales entidades; no obstante, debe tenerse en cuenta que precisamente el principio de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral consiste en restarle eficacia a lo consignado en aquellos documentos y estarse a lo demostrado en el proceso, esto es, en el caso particular, a tener como verdadero empleador a BAVARIA S.A. muy a pesar de que las certificaciones laborales estén rotuladas por otras entidades que fueron contratistas de BAVARIA S.A., máxime si se tiene en cuenta que del contenido de tales documentales no se puede extraer que BAVARIA S.A. desvirtúe la presunción que recae en su contra acerca de que la relación laboral fue subordinada, ya que no tienen el suficiente peso y solidez para descartar la naturaleza del vínculo laboral.

Siendo ello así, queda claro que la decisión del Juez primigenio conclusiva de que el verdadero empleador fue BAVARIA S.A. no puede ser revocada como lo suplica la encartada, y en tal sentido, se **CONFIRMARÁ** la sentencia recurrida en este aspecto.

5. Extremos temporales de la relación. Establecido que el vínculo que unió a las partes se dio mediante una verdadera relación laboral, le compete a la Sala establecer sus extremos, para lo cual debe remitirse a la demanda, misma en la que se señala que estuvo vigente desde el 06 de mayo de 1999, y aún se encuentra vigente. Sobre este aspecto se encuentra probado que el actor prestó sus servicios de forma continua desde aquella data (Fol. 50 y 114), igualmente, no mediaron interrupciones superiores a 30 días, existiendo un vínculo lineal entre las partes desde la fecha mencionada (CSJ Sala Laboral Rad 36897/10, Rad. 47590/16 y SL981/19).

Frente al extremo final, se tendrá como tal el 30 de marzo de 2015, dado que en esa calenda dejó de prestarle servicios a BAVARIA S.A., y así se logra extraer no solo de la documental de folio 226 que contiene el asunto *"Asignación lugar de prestación del servicio"*, donde le comunican que *"se permite informarle que en atención a la terminación del contrato de operación logística suscrito con el cliente Bavaria S.A., a partir del día 30 de marzo de 2015 usted deberá prestar sus servicios personales en la Cra. 78 No 8-46 de la ciudad de Bogotá, en consecuencia deberá presentarse en la fecha y lugar indicados a las 8:00 AM con Fabián Martín"*, sino también porque el propio actor en el interrogatorio de parte manifestó que *"no prestamos más nuestros servicios dentro de las instalaciones de Bavaria"*. En igual sentido, los testigos Édgar Tovar Pulido y José Apolinar Torres, dieron cuenta de que les comunicaron la referida carta y de allí en adelante no le prestaron sus servicios personales en la planta de BAVARIA S.A. como lo venían haciendo con anterioridad, por lo que, la relación laboral directa con BAVARIA S.A. no se puede extender más allá del 30 de marzo de 2015, pues uno de los requisitos esenciales del contrato de trabajo es que "*esté plenamente demostrada la actividad personal del trabajador demandante a favor de la parte demandada*" (SL11977-2017), lo que no se logra extraer de la prueba obrante en el sub examine.

Ahora, se pretende en el libelo genitor que se restituya al mismo sitio en las instalaciones de BAVARIA S.A. desde el 30 de marzo de 2015 en adelante, junto con los salarios y demás acreencias laborales del pacto colectivo y/o convención colectiva; sin embargo, considera la Sala que ello no es procedente, pues a partir del 30 de marzo de 2015 se dejó de prestar servicios a favor de BAVARIA S.A., y si bien se declaró la existencia de la relación laboral bajo el principio de la realidad, de ninguna manera ello conlleva a establecer que el vínculo laboral continua vigente, pues ante el hecho indiscutido de que a partir de esa fecha (30 de marzo de 2015) no le permitieron entrar a BAVARIA S.A., lo que logra extraerse es que la relación laboral finalizó sin justa causa, pero como ninguna pretensión se endereza en ese sentido, ninguna condena aflorará al respecto.

De igual modo, el hecho de que a partir del 30 de marzo de 2015, SUPPLA S.A. le haya comunicado que debía presentarse en un lugar diferente a BAVARIA S.A. (Fol. 226) y que desde esa fecha le esté reconociendo los salarios sin prestar el servicio en virtud del artículo 140 del CST, tampoco conlleva a la Sala a declarar que el vínculo laboral con BAVARIA S.A. se haya extendido más allá del 30 de marzo de 2015, pues no se puede pasar por alto que a partir de dicha fecha no ha ingresado a las instalaciones de BAVARIA S.A. y, por ende, no le ha prestado su fuerza laboral.

De otro lado, la reinstalación o restitución que pretende el demandante, pudiese asimilarse al reintegro al mismo cargo, el cual tampoco es procedente, ya que para ello se requiere que el despido haya sido a raíz de una situación especialísima, en particular, que lo favorezca con la estabilidad laboral reforzada, pero ello no se acredita, como a continuación se estudia.

6. Estabilidad laboral reforzada. En lo atinente al problema jurídico dirigido a establecer si BAVARIA S.A. actúo de manera discriminatoria frente al trabajador 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 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 recurrir 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 30 de marzo de 2015.

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 del trabajador 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.

Bajo esa perspectiva, la Corte Constitucional con base en dicha providencia y en pronunciamientos de las diferentes salas de revisión de esa misma Corporación, en sentencia SU-087 de 2022, fijo algunas reglas, aunque no taxativas, permiten identificar si el trabajador realmente se encuentra en una condición de salud que le impida o dificulte significativamente el normal y adecuado desempeño de sus actividades, así:

Supuesto	**Eventos que permiten acreditarlo**
Condición de salud que impide significativamente el normal desempeño laboral	(a) En el examen médico de retiro se advierte sobre la enfermedad o al momento del despido existen recomendaciones médicas o se presentó incapacidad médica durante días antes del despido[1]. (b) Existe incapacidad médica de varios días vigente al momento de la terminación de la relación laboral[2]. (c) Se presenta el diagnóstico de una enfermedad y el consecuente tratamiento médico[3]. (d) Existe el diagnóstico médico de una enfermedad efectuado durante el último mes del despido, dicha enfermedad es causada por un accidente de trabajo que genera consecuentes incapacidades médicas anteriores a la fecha de terminación de la vinculación, y la calificación de PCL tiene lugar antes del despido[4].
Afectación psicológica o psiquiátrica que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) El estrés laboral genere quebrantos de salud física y mental[5]. (b) Al momento de la terminación de la relación laboral el actor se encuentre en tratamiento médico y presente diferentes incapacidades, y recomendaciones laborales. Cuando, además, el accionante informe al empleador, antes del despido, que su bajo rendimiento se debe a la condición de salud, y que después de la terminación de la vinculación continúe la enfermedad[6].

[1] T-703 de 2016, T-386 de 2020, T-052 de 2020, T-099 de 2020 y T-187 de 2021.
[2] T-589 de 2017.
[3] T-284 de 2019.
[4] T-118 de 2019.
[5] T-372 de 2012.
[6] T-494 de 2018.

	(c) El estrés laboral cause quebrantos de salud física y mental y, además, se cuente con un porcentaje de PCL[7].
Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral	(a) No se demuestra la relación entre el despido y las afecciones en salud, y la PCL es de un 0%[8]. (b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo, y solo debe asistir a controles por un antecedente médico, pero no a un tratamiento médico en sentido estricto[9].

Adicionalmente, la Corte Constitucional en la citada sentencia de unificación estableció que como la garantía de la estabilidad laboral reforzada constituye un medio de protección frente a la discriminación, es necesario que el empleador conozca la situación de salud del trabajador al momento de la terminación de laborío; conocimiento que se acredita en los siguientes casos:

> "*1) La enfermedad presenta síntomas que la hacen notoria.*
>
> *2) El empleador tramita incapacidades médicas del funcionario, quien después del periodo de incapacidad solicita permisos para asistir a citas médicas, y debe cumplir recomendaciones de medicina laboral.*
>
> *3) El accionante es despedido durante un periodo de incapacidad médica de varios días, por una enfermedad que generó la necesidad de asistir a diferentes citas médicas durante la relación laboral.*
>
> *4) El accionante prueba que tuvo un accidente de trabajo durante los últimos meses de la relación, que le generó una serie de incapacidades y la calificación de un porcentaje de PCL antes de la terminación del contrato.*
>
> *5) El empleador decide contratar a una persona con el conocimiento de que tiene una enfermedad diagnosticada, que al momento de la terminación del contrato estaba en tratamiento médico y estuvo incapacitada un mes antes del despido.*
>
> *6) No se le puede imponer al trabajador la carga de soportar las consecuencias de que en razón a un empalme entre una antigua y nueva administración de una empresa no sea posible establecer si esa empresa tenía conocimiento o no del estado de salud del actor. Por tanto, se da prevalencia a las afirmaciones y pruebas del accionante, y no a las de la demandada en la contestación de la tutela.*
>
> *7) Los indicios probatorios evidencian que durante la ejecución del contrato, el trabajador tuvo que acudir en bastantes oportunidades al médico, presentó incapacidades médicas, y en la tutela afirma que le informó de su condición de salud al empleador*"[10].

Adicionalmente, debe decirse que en 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 en ambas providencias 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

[7] T-041 de 2019.
[8] T-116 de 2013.
[9] T-703 de 2016.
[10] T-434 de 2020. Reiterando las sentencias: T-383 de 2014, T-419 de 2016, T-589 de 2017, T-118 de 2019, T-284 de 2019, T-144 de 2017 y T-040 de 2016.

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."*

6.1. Caso en concreto. En este orden, se entrará a determinar bajo los anteriores paramentos la procedencia de la garantía de estabilidad laboral, siendo que, en el caso en concreto, no existe duda que para el día 30 de marzo de 2015, fecha en que la encartada finalizó el contrato de trabajo al demandante, su condición de salud no se hallaba comprometida o que le impidiese sustancialmente ejecutar la labor de manera trascendental o en sumo en condiciones regulares o habituales su oficio.

Ello, en tanto que, si bien es cierto allegó un dictamen de determinación de origen y/o pérdida de capacidad laboral No 93422084-8395 (Fol. 85 a 89), el mismo data del 24 de junio de 2017, es decir, más de dos años después de finalizada la relación laboral, y pese a que allí se evidencia que fue diagnosticado con "Discopatía lumbar", "Dorsalgia" y "Lumbago", tal dictamen no cuenta con un porcentaje de pérdida de capacidad laboral, y en todo caso, al ser muy posterior a la finalización del contrato, mal haría la Sala en hacer el estudio de la estabilidad laboral reforzada al momento de la terminación del contrato con una documental que solo fue puesta en conocimiento de BAVARIA S.A. el día 24 de octubre de 2017 (Fol. 83).

Igual suerte corre el dictamen No 93422084-11298 del 14 de julio de 2021 (archivo No 22 CD- folio 556), ya que se aportó de manera extemporánea al debate probatorio, y en todo caso, a pesar de que allí se califica al demandante con una PCL del 15.16%, tal dictamen fue emitido después de más de cinco años de finalizada la relación laboral.

De otro lado, se aportó a folio 78 a 81 un oficio con el asunto "Estabilidad laboral reforzada", de fecha 01 de agosto de 2014, radicada ante BAVARIA S.A., en el que se expone por parte del demandante su estado de salud; sin embargo, no cuenta con ningún soporte, esto es, incapacidades, recomendaciones médicas o consultas médicas con las que se pueda determinar con algún grado de certeza que su situación de salud lo coloca en estabilidad ocupacional reforzada por fuero de salud, por el contrario, del mismo documento se extrae lo siguiente: *"En la fecha julio 22 del que avanza, fui notificado de la negativa a la solicitud de las recomendaciones laborales por parte de la SALUD TOTAL E.P.S., respondiendo con evasivas en extenso de leyes, resoluciones, decretos y leguleyadas, SIN RESOLVER DE FONDO MI PETICIÓN"*, lo que permite inferir sin asomo de duda que no tenía recomendaciones médicas para el mes de agosto de 2014, y por ende, se configura la *"Inexistencia de una condición de salud que impida significativamente el normal desempeño laboral",* ya que *"(b) El accionante no presenta incapacidad médica durante el último año de trabajo".*

Se aportó también un "informe de resultado estudio de factor de riesgo" (Fol. 91 a 94), pero de allí nada se desprende respecto de su estado de salud, por el contrario, se

concluye que "las labores realizadas para el oficio evaluado (…) fueron considerada como normales de acuerdo con las funciones, operación, día y tiempo en el que realizó el trabajo", con lo cual, nada de lo allí expresado lleva a configurar la estabilidad ocupacional pretensa.

También se arrimó una serie de documentales relativas a incapacidades médicas (Fols. 95 a 113), radicadas ante BAVARIA S.A.; empero, las mismas datan del 15 de mayo de 2015 en adelante, es decir, posteriores a la finalización del contrato que lo fue el 30 de marzo de 2015.

Todo lo cual permite concluir que al momento de la terminación del contrato laboral el demandante no se encontraba en una situación particular que le impidiera sustancialmente el desarrollo normal de su labor, por manera que el hecho de haber sido diagnosticado con "Discopatía lumbar", "Dorsalgia" y "Lumbago", no puede ser por sí solo argumento suficiente para demostrar que se trata de un sujeto de especial protección para la calenda en que finiquitó el contrato de trabajo y, en consecuencia, concluir que su retiro del lugar de trabajo constituyó una discriminación.

En este punto, debe precisarse que, aunque al actor le fue determinado a través de dictamen pericial del 14 de julio de 2021, un porcentaje de pérdida de capacidad laboral del 15.16%, tal medio de convicción en nada desvirtúa las conclusiones a que arriba la Sala, según las cuales, la dolencia que padece el trabajador, no incidió en el pleno desarrollo de las funciones laborales, es decir, no le impedía o dificultaba sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares para cuando finalizó el contrato (30 de marzo de 2015), máxime su la fecha de estructuración es del 27 de febrero de 2020, esto es, después de más de 4 años de haber dejado de prestar sus servicios personales para BAVARIA S.A.

Colofón de lo anterior, al estar claro que no opera la protección especial consagrada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la terminación del contrato no puede declararse ineficaz, razón por la cual se confirmará en su integridad la sentencia de primer grado, pues no incurrió en ningún desatino al negar el reintegro solicitado por esta vía.

7. Derechos extralegales. Manifiesta el apoderado judicial de la parte demandante que hay lugar a la aplicación y reconocimiento de los derechos establecidos en el pacto colectivo o en la convención colectiva.

Lo primero que debe discurrir la Sala al respecto, es que ciertamente cuando se declara la existencia de la relación laboral bajo los postulados del principio de la realidad sobre las formas, como aconteció en el presente asunto, tal circunstancia *"irradia todos los intereses tanto individuales como colectivos de las personas trabajadoras en el marco de las relaciones de trabajo, de modo que la revelación de la existencia de una verdadera relación laboral debe venir acompañada de todos sus efectos y consecuencias jurídicas"* (SL937-2022), en ese orden, en línea de principio hay lugar a revisar si el actor puede beneficiarse bien sea de la Convención Colectiva o el Pacto Colectivo de Trabajo al que hace alusión.

Al proceso se allegó la Convención Colectiva de Trabajo 2015-2017 (Fols. 162 a 183), misma que no puede tenerse en cuenta, ya que su vigencia va desde 01 de septiembre de 2015 hasta el 31 de agosto de 2017, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato de trabajo (30 de marzo de 2015). La misma suerte corre el Pacto Colectivo 2015-2017, mismo que tiene vigencia desde el 01 de septiembre de 2015 hasta el 31 de agosto de 2017.

Por otra parte, se allegó el Pacto Colectivo de Trabajo 2011-2014 (Fol. 228 a 263), el cual establece en la cláusula primera el campo de aplicación, precisando que lo serán los trabajadores no sindicalizados que lo firmen y los que se adhieran con posterioridad, siendo que en el caso concreto, el actor allegó un oficio datado el 26 de mayo de 2015 (Fol. 161), donde manifiesta que se adhiere al Pacto Colectivo que empezó a regir desde marzo de 2011, *"mientras la organización sindical a la que pertenezco, suscriba alguna convención colectiva de trabajo con la empresa BAVARIA S.A."*, por lo que, no puede el actor como trabajador sindicalizado solicitar la aplicación del Pacto Colectivo, ya que aquel solo es procedente para los trabajadores que no estén sindicalizados, pues así se desprende de lo establecido en el artículo 481 del CST, máxime si en el caso concreto fue el promotor de la litis y el testigo Édgar Tovar Pulido quienes refirieron que el actor era presidente de la junta de la Subdirectiva de ASOTRAINCERV, con lo cual acceder a la aplicación del Pacto Colectivo conllevaría a desnaturalizar el mismo y darle un campo de aplicación que incluso no lo permite el CST.

Ahora, se arrimó al cartapacio la Convención Colectiva 2013-2015 (Fol. 265 a 304), cuya vigencia va desde el 01 de septiembre de 2013 hasta el 31 de agosto de 2015, en cuyo artículo 2° establece la condición de aplicación, en los siguientes términos: *"La presente convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la EMPRESA y LOS SINDICATOS, será aplicable solamente a los trabajadores afiliados a las mismas y a quienes posteriormente decidan afiliarse a LOS SINDICATOS*". Es preciso mencionar que los sindicatos suscriptores de la Convención Colectiva fueron SINALTRAINBEC, UTIBAC, SINALTRACEBA, y SINALTRAEMBAV.

Expuesto lo anterior, como quiera que el sindicato ASOTRAINCERV no se encuentra enlistado entre los sindicatos a los cuales se aplica la Convención Colectiva 2013-2015, tampoco resulta procedente dar aplicación a la misma para estudiar las suplicas extralegales del actor, pues las mismas partes contratantes de la convención limitaron su campo de aplicación. Ahora, en el interrogatorio de parte se alude a que también estaba afiliado a SINALTRAINBEC, sin embargo, no existe ninguna prueba que permita darle sustento a tal dicho, por el contrario, de las planillas de folios 144 a 152 solo se evidencia que se hicieron descuentos sindicales para el sindicato ASOTRAINCERV.

Establece el artículo 470 del CST, que por regla general, las convenciones colectivas de trabajo solo aplican a trabajadores sindicalizados, pero por excepción, en los términos del artículo 471 del CST, se hace extensiva a los no sindicalizados, siempre y cuando la organización sindical esté conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa o cuando los beneficios consagrados se hubiesen extendido expresamente a todos los trabajadores por voluntad de las partes suscriptoras, último aspecto, que como se dejó decantado no ocurrió, y además tampoco se acredita que alguna organización sindical suscriptora de la Convención Colectiva estuviera conformada por lo menos por la tercera parte de los trabajadores de la empresa.

Al respecto, en la sentencia SL3479-2022 se dejó sentado lo siguiente:

> *"Así las cosas, no pudo equivocarse el Tribunal al extender a la actora los beneficios de la citada convención suscrita por Sintraseguridadsocial y el ISS, pues, como se anotó en precedencia, la aludida organización sindical actuaba como sindicato mayoritario y por tal razón, conforme a lo previsto en el artículo 471 del CST (Mod. Decr. 2351 de 1965, art. 38), «las normas de la convención se extienden a todos los trabajadores de la misma (empresa), sean o no sindicalizados». De tal manera que no puede la recurrente pretender negar los derechos convencionales de la actora bajo el supuesto*

de no aportar la cuota sindical por beneficio convencional, cuando se le tenía como contratista independiente y no como trabajadora subordinada (ver sentencia del 15 de mayo de 2012, rad. 35954)".

Así las cosas, al no demostrarse o al no serle aplicable al actor el Pacto Colectivo y/o la Convención Colectiva de Trabajo a las que se hizo referencia, por sustracción de materia se concluye que la alzada referida al reconocimiento de los beneficios extralegales está llamada al fracaso, lo que de contera implica también despachar de manera desfavorable el punto relacionado con la nivelación salarial, ya que el sustento de tal pedimento tiene como sustrato el Pacto Colectivo de Trabajo y/o la Convención Colectiva de Trabajo, mismas que resultan inaplicables, y por ende, bien hizo el a quo al referir que si lo que pretendía era nivelar el salario respecto a los trabajadores directos de BAVARIA S.A., debía traer al diligenciamiento un parangón con otro trabajador que en sus mismas condiciones haya realizado la misma función, pero como ello no aconteció, de suyo es que debe absolverse y confirmarse la decisión de instancia.

Colofón de lo dicho, habrá de modificarse la decisión de instancia, declarando la existencia de la relación laboral solo hasta el 30 de marzo de 2015, revocar lo atinente a la reinstalación a cargo de BAVARIA S.A. y confirmar en lo demás la decisión de instancia, conforme lo atrás dicho.

5. Costas. Sin costas en esta instancia, dado que ambas partes fueron recurrentes, prosperándole el recurso de manera parcial a la parte demandada. 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 SEGUNDO de la sentencia proferida el 01 de febrero del 2022, reconstruida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente manera.

*"**SEGUNDO: DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre el señor **DAIRO ALEIZER FERREIRA YANGUMA** y la empresa **BAVARIA S.A.,** entre el 06 de mayo de 1999 al 30 de marzo de 2015, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia".*

SEGUNDO: REVOCAR el NUMERAL TERCERO de la sentencia proferida el 01 de febrero del 2022, reconstruida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, en el cual ordenó la reinstalación del demandante a cargo de BAVARIA S.A. junto con el pago de salarios y prestaciones, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada BAVARIA S.A. de tal pretensión elevada en su contra por **DAIRO ALEIZER FERREIRA YANGUMA.**

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia materia de apelación.

CUARTO: SIN COSTAS en costas instancia**.** Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado
Aclara Voto

-*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: MARÍA EUGENIA ESCOBAR ARCE
Demandadas: AFP PORVENIR S.A. Y OTRAS
Radicación: 05-2020-00315-02
Tema: INEFICACIA DE TRASLADO - ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se tiene por reasumido el poder para actuar a la doctora ANA ESPERANZA SILVA RIVERA, identificada en legal forma, otorgado por MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A., en los términos y para los efectos del poder obrante en el proceso.

Se allega memorial por parte del apoderado de Colpensiones presentando renuncia al poder general otorgado mediante escritura pública. Por lo anterior se procede a su aceptación teniendo en cuenta que reúne los requisitos dispuestos para tal fin.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. María Eugenia Escobar Arce instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Skandia S.A. y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declaré que esta última no suministró información cierta, clara, oportuna, suficiente y transparente al momento en que firmó el formulario de vinculación y, por consiguiente, tal acto resulta ineficaz. En consecuencia, se condené a Skandia S.A. a realizar el traslado de todos los aportes que se encuentren en la cuenta individual de ahorro, junto con los rendimientos financieros y el valor del bono a Colpensiones; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que se afilió en julio de 1990 al ISS, hoy Colpensiones, cotizando un total de 352 semanas, vinculación que perduró hasta el 14 de marzo del 2000, cuando se trasladó al RAIS administrado por AFP Porvenir S.A. y posteriormente por Skandia S.A. Refirió que en el momento del traslado no se brindó asesoría alguna con respecto a las características de ambos regímenes y las ventajas o desventajas de realizar el traslado.

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. En un auto adiado 24 de agosto de 2021, se tuvo por no contestada la demanda.

3.2. AFP Porvenir S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación de la demandante efectuada en el año 2000 fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, lo cual se puede corroborar con la solicitud de vinculación, documento público en el que se puede observar la declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Refirió que brindó a la accionante información clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la citada disposición. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

3.3. Skandia S.A. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, esgrimiendo que la afiliación con la AFP se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, propiciando a la accionante toda la información pertinente para que la misma tomará la decisión consistente de afiliarse. En su defensa formuló las excepciones que denominó Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la actora, prescripción, buena fe y genérica.

3.4. AFP Protección S.A. Contestó el libelo introductor oponiéndose a las pretensiones de la demanda, bajo el argumento de que la afiliación es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, obrando como prueba de lo anterior el formulario de vinculación suscrito por la demandante. Refirió que el acto tiene la naturaleza de un verdadero contrato y por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza, tanto del fondo de pensiones como de la afiliada. Formuló las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe e innominada.

4. Llamada en garantía. En un mismo escrito se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que el acto jurídico material de afiliación o traslado obedeció al principio de autonomía de la voluntad, concretada en una decisión absolutamente discrecional de la trabajadora que, en un marco de libertad e información adecuada por parte de los fondos, optó por la alternativa que le pareció más conveniente a sus intereses y expectativas pensionales. Como excepciones propuso las que denominó como el acto jurídico de traslado de RAIS de la AFP Porvenir S.A. a la AFP Skandia S.A., sin implicar cambio de régimen pensional, fue debidamente informado y la decisión tomada por el afiliado se dio al amparo del principio de "autonomía de la voluntad", sin estar mediado y/o determinado por error o vicio alguno del consentimiento, siendo absolutamente y válido y, reconocimiento oficioso de excepciones.

Frente al llamado en garantía se opuso a las pretensiones de este y en su defensa formuló las excepciones que rotuló como prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, la demandada carece de amparo y/o cobertura, pues, el riesgo objeto de protección asegurativa no tiene relación con el objeto material de las pretensiones, no se encuentra obligada a efectuar devolución de la prima ni de ningún otro valor que corresponda a contraprestación del seguro, no le son oponibles los efectos de una eventual sentencia estimatoria de las pretensiones de la demanda y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de octubre de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS y, en tal virtud, ordenó a Skandia S.A. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses, y a Colpensiones a recibir estos procediendo a actualizar su historia laboral. Por último, gravó en costas a los fondos de pensiones demandados.

La decisión del Juez se basó en que, de conformidad con el precedente jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, no se acreditó una debida asesoría por parte de las AFP a la actora, sin que hayan probado que suministraron información relacionada con las características de ambos regímenes, sus ventajas y desventajas para el momento del traslado al RAIS y si bien se allegó formulario de afiliación con la correspondiente firma de la promotora del proceso, ello no logra acreditar la debida información que se exige en estos procesos.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme con la anterior decisión, interpuso recurso de apelación, argumentando que la demandante ratificó el deseo de permanecer en el RAIS debido a que realizó varios traslados horizontales entre AFPs del mismo régimen, permaneciendo por más de 20 años, sin mostrar inconformidad o descontento alguno con el régimen pensional que escogió. Insistió que al momento de realizar la solicitud del traslado al RPMPD con Colpensiones, aquella se encontraba en la prohibición legal prevista en la Ley 797 del 2003, siéndole imposible a Colpensiones acceder al cambio de régimen pensional.

5.2. Skandia S.A. Como fundamento de su alzada dijo que las agencias en derecho se tasaron en una suma exorbitante y si bien realizó el llamamiento en garantía a la aseguradora, aquello se realizó con el fin de salvaguardar sus intereses.

6. Alegatos de conclusión. Porvenir S.A. expone en sus alegaciones que no se logró probar vicios de consentimiento para declarar la nulidad de la afiliación, como tampoco se alegaron los presupuestos legales válidos para resolver sobre la ineficacia del traslado por lo que se debe revocar la decisión de primera instancia. En su favor aduce que la administradora siempre le garantizó la posibilidad de retornar al régimen de prima media y dispuso los canales necesarios para permitirle conocer las disposiciones contenidas en la ley 100 de 1993.

Colpensiones solicita se revoque el fallo considerando que el traslado del actor al RAIS es válido y la omisión de información no fue debidamente comprobada en el proceso. Solicita se declare nula las actuaciones a partir de la conciliación aprobada por el fallador por haber hecho incurrir a la administradora en obligaciones que no acordó. En caso contrario pide se ordene la devolución de dineros incluyendo los gastos de administración.

La llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., mantener inalterable la decisión tomada en primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y Skandia S.A. se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico **principal**: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?; y vii) ¿Es dable imponer costas procesales en contra de Skandia S.A. y si hay lugar a disminuirla, como fue solicitado por aquella?

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que María Eugenia Escobar Arce realizó cotizaciones al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 31 de julio de 1990 al 30 de marzo del 2000, quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- AFP Porvenir S.A. el 14 de marzo del 2000, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 01335866.

- AFP Protección S.A. el 1° de abril de 2002, a través de la suscripción del formulario de afiliación núm. 5928278.

- BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy AFP Porvenir S.A. el 1° de noviembre del 2002, con la firma del formulario de afiliación núm. 2002-1602691.

- Pensiones y Cesantías Santander hoy AFP Protección S.A. el 30 de abril de 2004, a través de la suscripción del formulario de afiliación núm. 5928278.

- Skandia S.A., el 26 de abril del 2018, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 789046.

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 2000-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales

Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 14 de marzo del 2000, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, 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, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada 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 Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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 administradora de empresas, no releva a la entidad de su obligación legal, y por esa vía se despacha negativamente la alzada en este aspecto.

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

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Porvenir S.A. en el año 2000, 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 a la potencial afiliada, 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 14 de marzo del 2000, 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.

7. 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, 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.

8. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, 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 a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de estos conceptos, así como tampoco se incluye dentro de la condena a AFP Porvenir S.A. y AFP Protección S.A. a dicha devolución, habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido. Adicionalmente, se ordenará que tales conceptos, como los demás ordenados por el A quo, al momento de la devolución se realicen debidamente indexados.

Lo anterior tiene estribo en que la sentencia se revisa en su integridad en el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones y de conformidad con los predicamentos contenidos en la sentencia C- 424 de 2015, en cuanto define el grado

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

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

11. Costas en primera instancia. Finalmente, debe recordarse que el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, y teniendo en cuenta que Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. fue absuelta del llamamiento en garantía realizado por Skandia S.A., es fácil concluir que acertó el *a quo* al imponer costas en primera instancia.

12. Monto de las agencias en derecho que fueron condenadas. Hay que recordar sobre ello, que con apegó a lo dispuesto en el numeral 5 del artículo 366 del CGP, las inconformidades u objeciones sobre el monto de las agencias en derecho, se controvierte mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que aprueba la liquidación de costas, por manera que cualquier discusión al respecto debe ser impetrado ante el Juez de primera instancia. En ese hilo conductor es claro que esta Sala no tiene competencia para modificar o no el valor de las agencias que se impusieron en primera instancia, en tanto que no es la oportunidad procesal dispuesta para ello, siendo la correcta en el momento en que se aprueben las costas procesales por el A quo.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Skandia S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 10 de octubre de 2022, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, y, en consecuencia, **ORDENAR** a **SKANDIA S.A.**, **AFP PORVENIR S.A.** y **PROTECCIÓN S.A.** devolver a **COLPENSIONES** las sumas descontadas por concepto de comisiones, rendimientos, gastos de administración y porcentajes destinados 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 **MARÍA EUGENIA ESCOBAR ARCE**, ordenando que dichos conceptos, así como los demás señalados por el A quo se devuelvan debidamente indexados, conforme a lo motivado.

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 de la demandante y a cargo de Colpensiones y Skandia S.A. Las de primera, se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

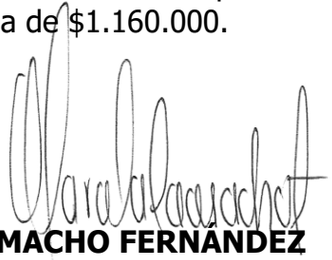
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Skandia S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.



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:	JORGE EDUARDO DÍAZ PÉREZ
Demandadas:	COLPENSIONES y OTRAS
Radicación:	27-2019-00004-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jorge Eduardo Díaz Pérez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad y de manera subsidiaria la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se condene a esta última a restituir a Colpensiones los valores obtenidos en virtud de la vinculación con todos los rendimientos que se hubieren causado; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliado al ISS, hoy Colpensiones, desde el 12 de abril de 1984, hasta octubre de 1997, pues para el 1° de noviembre se hizo efectivo el traslado al RAIS administrado por Colfondos S.A., quien no le brindó información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS, ni las ventajas y desventajas frente al traslado de régimen pensional que realizó.

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a todas y cada una de las pretensiones argumentando que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el accionante se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Explicó que la AFP cumplió con las disposiciones que frente al traslado de régimen pensional se encontraban establecidas en la Ley 797 de 2003, razón por la cual es suficiente para que se tenga como afiliado al fondo de pensiones. Como excepciones de mérito propuso las que determinó como falta de legitimación en la causa por pasiva, improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen,

inobservancia del principio institucionaliza de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el artículo 48 de la constitución política), inexistencia de la obligación de afiliación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y genérica.

3.2. AFP Porvenir S.A. En la oportunidad pertinente la AFP demandada respondió la demanda oponiéndose a las pretensiones de esta argumentando que la afiliación del demandante fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal como se observa de la solicitud de vinculación, que contiene la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume auténtico. Como excepciones de mérito propuso las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y genérica.

3.3. Colfondos S.A. Al dar respuesta a la demanda se opuso a la prosperidad de las declaraciones y condenas argumentando que brindó al demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el RAIS del cual venía afiliado, además, le recordó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho al bono pensional, la posibilidad de efectuar aportes voluntarios, la rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. En su defensa formuló las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y genérica.

3.4 Protección S.A. En auto adiado 7 de marzo de 2022, se ordenó su vinculación como litisconsorte necesario por pasiva y, en tal virtud, formuló escrito de interposición con oposición a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la afiliación del demandante al fondo de pensiones fue plenamente válido y eficaz, debido a que se dio de manera libre, espontánea y sin presiones, siendo precedida de una asesoría adecuada, suficiente, clara y oportuna, lo cual se demuestra con la suscripción del formulario de vinculación, el cual cumple con todos los requisitos contenidos en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994. Propuso las excepciones de fondo 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 genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de marzo del 2023, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en tal virtud, condenó a AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e interés generados, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Ordenó a AFP Protección S.A. y Colfondos S.A. devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del actor, mientras estuvo afiliado a esas administradoras por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos. Condenó a Colpensiones a afiliar nuevamente al demandado al RPMPD y recibir las sumas provenientes de los fondos demandados. Por último, gravó en costas a Colfondos S.A. y AFP Porvenir S.A.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio sentado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL-2136 del 2014 y SL-19447 de 2017 y conforme a lo previsto en los artículos 13, literal b) de la Ley 100 de 1993, 1604 del Código Civil y Decreto 663 de 1994. En este sentido consideró que las AFPS no cumplieron con el deber de información, toda vez que no brindaron al futuro afiliado la

información pertinente para que pudiera tomar una decisión libre y consciente, incumpliendo con el deber de transparencia.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con lo anterior, **Colpensiones** formuló recurso de apelación señalando que se logró demostrar en juicio que el actor se afilió al RAIS de manera libre, sin apremios y por su propia voluntad, sin que manifestara inconformidad alguna ni deseo de retractarse de la afiliación.

6. Alegatos de conclusión. La parte demandante allega alegatos de conclusión argumentando se mantenga la decisión de primera instancia teniendo en cuenta que los argumentos jurídicos y el análisis fáctico realizado por el a quo estuvieron acorde a derecho. En tanto que no logró demostrar la demandada haber dado información integral al actor al momento del traslado.

Colpensiones solicita se revoque el fallo y en su lugar se absuelva de las pretensiones reafirmando los argumentos expuestos en la impugnación.

Porvenir S.A., argumenta sus alegatos en que la parte actora no logró demostrar las causales de nulidad para que sea decretada. Tampoco se demostró actos que atenten contra el libre derecho de elección del demandante. No se demostraron los presupuestos legales. Solicita se revoque la sentencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. 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 en su favor en lo que le sea desfavorable, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 *ejusdem*.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP privada haya omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿Las AFP privadas están obligadas a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales 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?

3. 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 01 de

enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Jorge Eduardo Díaz Pérez se afilió al ISS, hoy Colpensiones, el 12 de abril de 1985 con cotizaciones efectivas hasta el 30 de octubre de 1997, según historia laboral emitida por la misma; quien con posterioridad se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad de la siguiente forma:

- Colfondos S.A. el 21 de octubre de 1997, tal y como da cuenta el Historia de Vinculaciones.

- Pensiones y Cesantías Santander hoy AFP Protección S.A. el 22 de febrero de 2001, a través de la suscripción del formulario de afiliación núm. 5319134.

- BBVA Horizonte Pensiones y Cesantías hoy AFP Porvenir S.A. el 21 de mayo del 2002, con la firma del formulario de afiliación núm. 2002-1621924, entidad a la que pertenece actualmente.

5. 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 1997-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la

evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a Colfondos S.A., esto es, 21 de octubre de 1997, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, 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, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

En adición a lo anterior, la Sala no desconoce que para el momento en que el demandante se trasladó al RAIS se encontraba vigente el Decreto 692 de 1994 *"Por el cual se*

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

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

Por tanto, la AFP demandada 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 demandadas 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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.

Finalmente, debe acotar la Sala 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 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, en la que expresó: "***la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen***"**.**

Ello por la simple razón de que la declaración de ineficacia de traslado trae consigo el que las cosas vuelvan a su estado anterior y, por lo tanto, una nueva afiliación al interior del RAIS no convalida la actuación viciada de traslado, tal como acontece en el sub examine, pues, aunque el actor se trasladó entre AFP del RAIS, de tal acto no puede predicarse la convalidación de la ineficacia del traslado inicial por falta del deber de información en que incurrió Colfondos S.A. en el año 1997, 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 octubre de 1997, quedan sin efectos los consecutivos traslados efectuados al interior del RAIS, los que se itera, no convalidan el acto jurídico del traslado de régimen pensional, y en esa medida pervive el vicio de la falta de consentimiento informado para migrar al RAIS.

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

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

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. Es necesario precisar, que al quedar sin efecto la afiliación al RAIS del accioonante es claro que su vinculación con Colpensiones quedó incólume de ahí que surja la necesidad de trasladar por parte de la AFP codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, 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 a Colpensiones de todos los aportes, cotizaciones y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados a seguros previsionales y a constituir el Fondo de Garantía de Pensión Mínima por parte de las AFP codemandadas (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022).

En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

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

11. 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.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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 los numerales 2° y 3° de la sentencia proferida el 13 de marzo del 2023, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, los cuales quedarán de la siguiente forma:

> "**SEGUNDO: CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **JORGE EDUARDO DÍAZ PÉREZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
>
> **TERCERO: CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver los valores descontados de la cuenta de ahorro individual del demandante, mientras estuvo afiliado a esas Administradoras, por concepto de gastos de administración y seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, con cargo a sus propios recursos y debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de Colpensiones el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.

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:	ALBERTO ARENAS MARTÍNEZ
Demandadas:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	33-2020-00207-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO - CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería jurídica para actuar a la doctora KAREN LIZETH PEÑUELA MARTIN, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alberto Arenas Martínez instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A. con el fin de que se declare la nulidad por ineficacia de la afiliación y, en consecuencia, se condene al fondo privado a devolver a Colpensiones la totalidad de aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados durante el tiempo en que ha estado afiliado al RAIS; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que en síntesis que, en agosto de 1995, prestaba sus servicios personales a la Fiscalía General de la Nación, Seccional Cundinamarca, fecha para la cual, aunque se encontraba afiliado al régimen de prima media, se trasladó a AFP Porvenir S.A., sin haber conocido su situación pensional, tampoco le informó ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional.

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

3. Contestación de demanda

3.1. Colpensiones. En su respuesta se opuso a todas y cada una de las pretensiones tanto declarativas como condenatorias esbozadas por la parte demandante argumentando que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o se esté en presencia de algún vicio del consentimiento tal y como error, fuerza o dolo. Refirió que en el formulario de afiliación no existe nota alguna de protesto que permita inferir que

tuvo inconformidad al afiliarse al RAIS, por el contrario, se observa que estuvo conforme a derecho y que se hizo de manera libre y espontánea. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, 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.

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a la totalidad de las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación del demandante se dio de manera libre, espontánea, sin presiones o engaños y después de haber sido amplia y oportunamente informado sobre el funcionamiento del RAIS y sus condiciones pensionales, tal como se puede apreciar de la solicitud de vinculación, declaración escrita a la que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, el cual se presume auténtico. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 1° de marzo de 2023, en que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en tal virtud, ordenó a AFP Porvenir S.A. trasladar los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual del demandante con destino a Colpensiones, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales que haya lugar. Condenó a Colpensiones a recibir los dineros, activar la afiliación y corregir su historia laboral. Dispuso a AFP Porvenir S.A. a transferir al ente público las cuotas de administración, los dineros descontados por concepto de seguros previsionales y porcentaje a constituir la pensión de garantía mínima, todo lo cual debidamente indexados con cargo a sus recursos. Por último, gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión se adentra al estudio de los artículos 13 de la Ley 100 de 1993, artículo 97 del Decreto 63 de 1993, artículo 12 del Decreto 2720 de 1994 y Decreto 692, y con ello precisó el deber que tienen las AFP de brindar la correspondiente información al futuro afiliado, por lo que consideró que no podría argüirse que existe manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que ella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con la suscripción del formulario de afiliación. Bajo ese norte, estimó que el fondo privado no logró demostrar que suministró información al actor de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información requerida, lo cual estaba en cabeza del mismo, de ahí que debía declarar ineficaz el traslado de régimen.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. Colpensiones. Inconforme lo anterior, interpuso recurso de apelación resaltando que dentro del proceso no obra prueba alguna que demuestre que hubo algún tipo de vicio en el consentimiento, consagrado en el artículo 1740 del Código Civil. Refirió que el error sobre un punto de derecho no genera la ineficacia del traslado y en estos asuntos la carga de la prueba también está en cabeza del accionante, máxime cuando existe obligaciones recíprocas, como las previstas en el Decreto 2241 del 2010, dentro de las cuales se encuentra el deber de informarse sobre su situación pensional; que el silencio del demandante reafirma su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual.

5.2. Porvenir S.A. Como fundamentos de su alzada esbozó que no ha debido ser condenada al pago de la indexación, toda vez que los aportes no han sido afectados por la inflación, por el contrario, se han visto favorecidos por el manejo del fondo.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones allega alegatos reafirmando los argumentos de la impugnación.

Porvenir S.A., solicita se revoque la sentencia y se le absuelva de las pretensiones considerando que no se logró demostrar vicios en el consentimiento del actor, como tampoco a la fecha de la afiliación del actor no existía la obligación de suministrar la información con el alcance que se despliega en la jurisprudencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuesto 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, de conformidad con lo dispuesto en el art. 69 CPT y de la SS.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Alberto Arenas Martínez se afilió al ISS hoy Colpensiones desde el 29 de junio de 1994, con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1994; quien el 1° de agosto de 1995 se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., administradora de pensiones en la cual se encuentra actualmente afiliado.

5. 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. Por último, 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 fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 1° de agosto de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

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

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

Por tanto, la AFP 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 censura 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,

pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si el accionante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

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

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en 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-).

9. 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 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos conceptos, lo que incluye que deba ser entregados debidamente indexados, pues tal y como lo señaló la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1637-2022, "*desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones*", por lo tanto, se impone su reintegro actualizado, con miras a reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo a consecuencia de la inflación, de allí que se siga manteniendo en su integridad la sentencia de primer grado.

10. 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.

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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 1 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Tres del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones y Porvenir S.A., el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.

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:	ORLANDO SERRANO GONZÁLEZ
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	27-2020-00155-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería jurídica para actuar a la doctora LISETH DAYANA GALINDO PESCADOR, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de COLPENSIONES, en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Orlando Serrano González instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado y posterior afiliación al RAIS y, en consecuencia, se trasladen todos los aportes, junto con sus rendimientos a Colpensiones por cuanto la afiliación quedaría vigente; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliado al ISS, hoy Colpensiones; posteriormente se trasladó al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A., afiliación que se realizó por medio de engaños, además, no se le brindó información sobre las consecuencias que tendría al trasladarse de régimen pensional, sin que se le suministra información si su pensión disminuiría drásticamente en comparación con el RPMPD.

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Al momento de descorrer el término de traslado se opuso a las pretensiones aduciendo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información por parte de la AFP, o se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, tal y como error, fuerza o dolo. Refirió que en el formulario de afiliación no existe nota alguna de protesto que permita inferir que tuvo inconformidad al afiliarse al RAIS, por el contrario, se observa que estuvo conforme a derecho y que se hizo de manera libre y espontánea. 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, 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.
3.2. AFP Porvenir S.A. En oportunidad pertinente respondió la demanda con oposición a las pretensiones argumentando que el traslado del régimen pensional es completamente válido, por cuanto brindó la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando lo que se está alegando es un error de derecho frente a las condiciones que están determinadas en normas de orden público y de su conocimiento. En su defensa formuló las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 28 de febrero del 2023, en la que la falladora declaró la ineficacia del traslado realizado al RAIS, por ende, condenó a la AFP Porvenir S.A. devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales. Ordenó a Colpensiones a afiliar nuevamente al demandante y recibir los citados emolumentos de la AFP Porvenir S.A. Por último, gravó en costa al fondo de pensiones privado.

Para arribar a tal decisión, se propuso verificar si efectivamente se puede declarar ineficaz el traslado de régimen realizado por la demandante debido a la falta del deber de información de la AFP Porvenir S.A. Con tal propósito, luego de citar el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencias SL-2136 del 2014 y la SL-19447 de 2017, estimó que aquel fondo de pensiones no cumplió con el deber de información, toda vez que no brindó al futuro afiliado la información pertinente que le permitiera tomar una decisión libre y consciente, faltando de esta manera al deber de transparencia.

5. Impugnación y límites del ad quem. Inconforme con la anterior decisión, **Colpensiones** interpuso recurso de apelación aduciendo que la A quo omitió dar aplicación al principio de relatividad jurídica en el sentido de que la entidad es un tercero en el contrato celebrado entre el actor y el fondo privado y, por este motivo no puede ser afectada ni beneficiada de la decisión proferida, de manera que de mantenerse la sentencia proferida se perjudica el equilibrio económico y reserva pensional con cuenta.

6. Alegatos de conclusión. Colpensiones solicita se revoque la sentencia y reafirma los argumentos expuestos al momento de la impugnación.

La parte actora solicita se mantenga incólume la sentencia proferida por estar acorde a lo probado y a la jurisprudencia reiterada sobre el tema.

A su turno Porvenir S.A. solicita que se revoque la sentencia de primer grado en tanto que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. 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 en su favor en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿En virtud del principio de relativa jurídica, Colpensiones no es responsable de las consecuencias derivadas del acto jurídico celebrado entre el actor y fondo de pensiones codemandado?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Orlando Serrano González se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 1° de octubre de 1976 con cotizaciones hasta el 5 de noviembre de 1992; quien se afilió a AFP Porvenir S.A. el 20 de octubre de 1999, mediante la suscripción del formulario de afiliación núm. 01257236, administradora de pensiones en la que se encuentra actualmente, según historia laboral aportada por la misma. Debe acotar la Sala que, si bien se dijo en la demanda que el actor realizaba cotizaciones al ISS al 1° de abril de 1994, lo cierto es que en el plenario aquello no encuentra demostración, pues no se allegó medio de convicción tendiente a demostrar que ello ocurrió, y en esa medida, solo se tiene lo registrado en la historia laboral que emitió Colpensiones, esto es que efectuó cotizaciones hasta la citada calenda.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 5 de noviembre de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1° de abril de 1994, no obstante, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliado al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por AFP Porvenir S.A. que tuvo ocurrencia el 20 de octubre de 1999, un traslado, conforme pasa a exponerse:

La Sala no desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se establece que a partir del 1° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones **"deberán"** seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida

a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 1° de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy Colpensiones, ya que es el mismo decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros "*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS,* ***o continuar vinculados a éste si ya lo están",*** (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues el actor a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 1° de abril de 1994, venía afiliado al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 1° de octubre de 1976, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

> *"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema;* ***se da mediante una primera y única inscripción vitalicia****,* ***y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas****"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Así mismo del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 1° de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida y así se consagra en los siguientes términos:

> *"Quienes al 31 de marzo de 1994* ***se encuentren vinculados al ISS****, pueden continuar en dicho instituto,* ***sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación****. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto,* ***y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado****.* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1° de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la señalada calidad a ese régimen, tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliado al ISS desde el 1° de octubre de 1976 y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 20 de octubre de 1999 a la AFP Porvenir S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

> *"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «…no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria,* ***además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia****.*
> *(…)*
> *En ese sentido,* ***por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida****".*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden es procedente estudiar si procede o no su ineficacia.

5. 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. Por último, 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 fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 20 de octubre de 1999, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

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

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

Por tanto, la AFP 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 censura 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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, debe acotar la Sala 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 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente, pierde su utilidad, lo que equivale a ausencia de información.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación del actor con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter allios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que "*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas"*; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo el demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y el actor retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

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

9. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en 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-).

10. 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 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de todos estos valores, lo cual se impone que deba ser debidamente indexado (SL 3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022). En ese sentido, como en la sentencia de primer grado no ordena la devolución de estos conceptos de manera indexada, se debe adicionar en tal sentido la sentencia.

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

11. 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.

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones, y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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 2° de la sentencia proferida el 28 de febrero del 2023, por el Juzgado Veintisiete Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará de la siguiente forma:

> "**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor **ORLANDO SERRANO GONZÁLEZ**, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, ni primas de seguros previsionales, debidamente indexado, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia."

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

TERCERO: COSTAS en esta instancia quedan a cargo de Colpensiones por no haber prosperado el recurso de apelación. Las de primera se confirman

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.

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:	JAIME GUTIÉRREZ CÁRDENAS
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	36-2022-00271-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería jurídica para actuar al doctor MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA, identificado en legal forma, como apoderado especial de PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Jaime Gutiérrez Cárdenas instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, se ordene el traslado de la totalidad del capital acumulado en la cuenta de ahorro individual debidamente indexados. Solicitó a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez, junto con el retroactivo pensional causado a partir del día siguiente a la última cotización y hasta la fecha del cumplimiento del fallo. Por último, pidió lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que nació el 15 de mayo de 1957 y para el 1° de abril de 1994, fecha en la que entró en vigor la Ley 100 de 1993, estaba afiliado al régimen de prima media con prestación definida. Indicó que el 1° de septiembre de 1994, efectuó afiliación a la AFP Porvenir S.A., sin que los promotores le haya brindaron información necesaria acerca del cambio de régimen ni tampoco durante el tiempo de afiliación. (Expediente digital, PDF 01DemandaAnexos, págs. 1 a 19)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 06NotificacionAgencia.pdf); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Respondió a la demanda con oposición a la totalidad de pretensiones alegando que no se acredita que al momento de efectuar el cambio de régimen su consentimiento se vio viciado por la omisión de información, de manera que no es viable recibir al demandante al régimen de prima media, ya que le correspondía a la AFP brindar toda la información acerca de dicha decisión. Propuso como excepciones a las cuales denominó falta de legitimidad en la causa por pasiva, la indisponibilidad de las responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de

régimen, inexistencia de causal de nulidad o ineficacia de traslado, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio de constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adiciono 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, existencia del derecho reclamando, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL 373 de 2021 e innominada.

3.2. AFP Porvenir S.A. En auto adiado 4 de octubre de 2022, se tuvo por no contestada la demanda.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 8 de marzo de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado al régimen de ahorro individual y, en tal virtud, ordeno a AFP Porvenir S.A. trasladar a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, tales como rendimientos, bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de los seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas. Ordenó a Colpensiones a recibir e imputar los valores recibidos, el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, conforme los parámetros establecidos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, una vez cuente con la historia laboral debidamente actualizada y consolidada. Por último, gravó en costas a las demandadas.

Para arribar a tal decisión sostuvo que la obligación de información se encuentra en cabeza de las administradoras desde la expedición de la Ley 100 de 1993, precisamente en el literal "b" del artículo 13, que señala la posibilidad que tiene el afiliado de elegir de manera libre y voluntaria entre regímenes pensionales. Dijo que el numeral 1° del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 exige a las AFP información necesaria al actor para que pudieran tomar una decisión informal. Refirió que es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta del deber de información en que incurrió la administradora de fondo de pensiones, cuyo formulario de afiliación aprobado por la Superintendencia Financiera de Colombia no exime, ni tampoco es indicativo de que se cumplió con el deber de información. Conforme a ello, señaló que las administradoras de pensiones deben probar el suministro de información suficiente, clara y veraz a sus afiliados al momento de la afiliación, aspecto que no cumplió la demandada, razón por la que debía declarar la ineficacia solicitada.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1 Colpensiones. Interpuso recurso de apelación señalando que su actuar siempre ha sido de buena fe, en tanto que no tuvo injerencia dentro de la decisión del cambio de régimen que realizó el afiliado. Refirió que las pruebas que reposan dentro del expediente se emana la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS, mismo que como consumidor financiero debía tener conocimiento de las consecuencias del traslado, más aún cuando el motivo de la demanda es meramente económico. Dijo que se vulnera el principio de estabilidad financiera y de equidad.

5.2. Porvenir S.A. En su alzada refirió que, aunque existe un precedente jurisprudencial sobre la ineficacia por parte de la Corte Suprema de Justicia, sin embargo, no es de aplicación inmediata a todos los procesos que sustente las mismas pretensiones, ya que debe existir similitud entre los hechos y situaciones fácticas, situación que no ocurre en

el presente asunto, debido a que el demandante realizó su afiliación de manera libre y voluntaria, cumpliendo con el deber de información necesario para la época.

6. Alegatos de conclusión. Las demandadas allegan alegatos de conclusión solicitando se revoque la sentencia de primera instancia, reafirmando los argumentos de la impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Corresponde a la sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el accionante se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 01 de enero de 2002, postura que mantiene actualmente entre otras en la sentencia SL 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor Jaime Gutiérrez Cárdenas se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde 26 de mayo de 1987, con cotizaciones hasta el 30 de agosto de 1994 conforme aparece en la historia expedido por la misma entidad; quien se trasladó a AFP Porvenir S.A. el 1° de septiembre de 1994, donde se encuentra actualmente, hecho que no fue controvertido por ninguna de las partes.

5. 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. Por último, 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 fondo de pensiones dar cuenta de que brindó información, con las características de 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-, debe recordarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a AFP Porvenir S.A., esto es, 1° de septiembre de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se

exigía 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, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación al actor 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

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

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

Por tanto, la AFP 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 censura 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar al actor 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, debe acotar la Sala 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 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

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

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

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquél a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, quien está en 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-).

9. 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 y SL 1637-2022).

Conforme a ello, es claro que procede la devolución a Colpensiones de estos conceptos, lo que incluye que deba ser entregados debidamente indexados, tal y con acierto lo ordenó la falladora de primer grado.

10. 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.

11. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. 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.

11.1. Edad. El demandante cumplió el requisito de edad de los 62 años el 15 de mayo de 2019, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1957, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el expediente electrónico.

11.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Porvenir S.A., se evidencia que el demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.667 semanas a agosto de 2020. Por tanto, es claro que el gestor del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003.

Por todo lo anterior, se confirmará la sentencia de primer grado.

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones y AFP Porvenir S.A., tal y

como lo señaló la *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, y a favor del demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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,

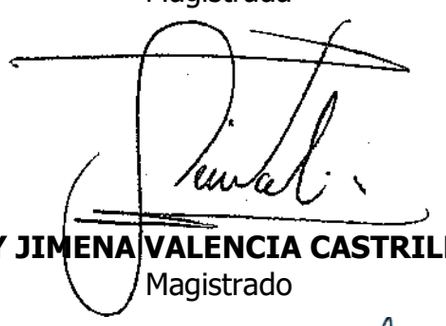
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de marzo de 2023, por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme en lo expuesto en la parte emotiva de esta sentencia

SEGUNDO: 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 FERNÁNDEZ
Magistrada



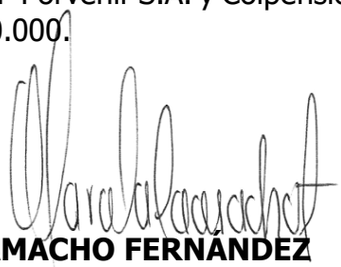
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas AFP Porvenir S.A. y Colpensiones, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.



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:	ALBA LUCÍA SIERRA CHAUX
Demandados:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	30-2021-00588-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se reconoce personería jurídica para actuar a la doctora VALENTINA GÓMEZ TRUJILLO, identificada en legal forma, como apoderada sustituta de PORVENIR S.A., en los términos y para los efectos del poder conferido.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Alba Lucía Sierra Chaux instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el propósito de que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado, por cuanto la misma contenía vicios del consentimiento y, en consecuencia, se condene al fondo privado a trasladar todos los aportes efectuados, junto con los rendimientos a Colpensiones y que está a su vez active la afiliación. Así mismo, pidió lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló en síntesis que para el 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, se encontraba afiliada al ISS, hoy Colpensiones; que en el mes de junio de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., entidad que incumplió con el deber de información, en tanto que omitió informar sobre las ventajas y desventajas de realizar el traslado de régimen pensional.

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP. Refirió que al momento en el cual la demandante solicitó la nulidad del traslado de régimen pensional a Colpensiones se encontraba en la prohibición legal establecida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Como excepciones perentorias propuso las que denominó en caso de que se demostrara la falta de información y buen consejo se absuelva a Colpensiones y se condene a la AFP Porvenir S.A., para que trate a la afiliada conforme a las reglas del RPM, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de la legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia del derecho y genérica.

3.3. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la demandante no aporta elementos que prueben su voluntad de seleccionar su régimen pensional y se vio coartada en algún momento. Adujo que cumplió con el deber de información que le era oponible al momento en que se dio el traslado de régimen pensional, a través de una asesoría veraz, clara y oportuna, informando no solo las generalidades del RAIS, sino que la información era mucho más puntual con el fin de que tomara una decisión libre y consciente. En su defensa formuló las excepciones de fondo 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.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 10 de febrero de 2022, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la demandante el 18 de mayo de 1994 al RAIS, declarando válidamente vinculada al RPMPD administrado por Colpensiones sin solución de continuidad. En tal virtud, condenó a AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual, incluidos sus rendimientos y con cargo a sus propios recursos las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados por el lapso en que permaneció en dicha administradora. Ordenó a Colpensiones a que, una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual, active su afiliación al RPMPD y actualice la historia laboral. Por último, gravó en costas al fondo privado.

Para arribar a tal decisión indicó que a raíz de la expedición de la sentencia SL 12136 del 3 de septiembre del 2014, radicado 46292, debe verificarse si el acto jurídico que generó el traslado de régimen resulta ineficaz, posición que se ha mantenido en la actualidad. De esta manera, señaló que el fondo de pensiones está obligado a demostrar en juicio que entregó información y como en el presente caso no lo hizo, debía asumir las consecuencias jurídicas del caso, debiendo por tanto ordenar la devolución de todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con los rendimientos, condenando la devolución de los costos

cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, en virtud de lo dicho por la alta Corporación.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión, formuló recurso de apelación refiriendo que si bien existe un precedente para este tipo de casos, también lo es que este no debe ser aplicados a todos por igual, así las cosas, en el particular se puede concluir que actuó de buena fe, dando a la futura afiliada la información que por ley corresponde para la época en la que se realizó el traspaso y aunque brindó la asesoría pertinente, era deber de la afiliada como consumidora financiera el estar al tanto de su situación pensional pudiendo consultar las características de los regímenes pensionales en la Ley 100 de 1993, debido a que esta es de conocimiento público. Por esta razón, solicitó que no se declare la ineficacia porque su afiliación fue de manera libre y consciente y en cuanto a la indexación ordenada se estaría incurriendo en doble sanción por lo que resulta improcedente.

5.2. Colpensiones. Como fundamento de su alzada esgrimió que al retornar la afiliada al RPMPD, sus afiliados se verían afectados, toda vez que genera un desfalco económico que afecta la escala piramidal y, en consecuencia, las pensiones de los demás afiliados que, si se encontraban cotizando de manera efectiva durante años, más aún cuando la actora estuvo por casi 27 años en el RAIS sin aportar al RPMPD. Refirió que el proceso se inició por la falta de información de AFP Porvenir S.A., por lo que ésta deberá por carácter excepcional tratar a la afiliada con las condiciones del RPMPD.

6. Alegatos de conclusión. La parte actora solicita se mantenga incólume la sentencia de primera instancia en tanto que se encuentra acorde a lo probado, así como con los principios y la filosofía que emerge de la doctrina probable emitida por la Corte Suprema de Justicia.

Colpensiones y Porvenir S.A., solicitan se revoque la sentencia y reafirman sus argumentos expuestos en la impugnación.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos secundarios: (i) ¿Los aportes o

cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexados?; (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?

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Alba Lucia Sierra Chaux se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 4 de enero de 1982, con cotizaciones efectivas hasta el 31 de mayo de 1994; quien el 18 de mayo de 1994 se trasladó al RAIS, mediante la suscripción del formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. núm. 083389, entidad en la que permanece actualmente según historia laboral allegada por la misma.

5. 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 1994-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 18 de mayo de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada 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 Colpensiones 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. 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, 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.

7. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

8. Actos de relacionamiento. Alude los apoderados de las demandadas que en el presente asunto debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

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

9. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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-).

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, 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.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

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

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P. 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 10 de febrero de 2022, por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor del demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

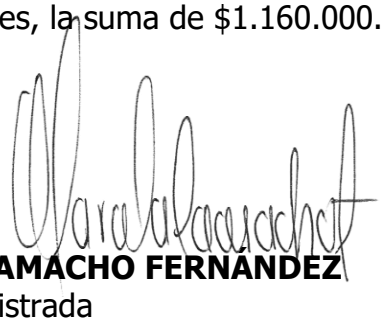
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.



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:	CLARA MARITZA RIVEROS ROMERO
Demandadas:	COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A.
Radicación:	32-2021-00542-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO- CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo del dos mil veintitrés (2023)

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

AUTO

En atención al memorial allegado mediante correo electrónico, se acepta la renuncia presentada por el doctor MIGUEL ANGEL RAMIREZ GAITÁN, identificado en legal forma, al poder conferido por COLPENSIONES, por encontrarse reunidos los requisitos dispuestos en la ley para tal fin.

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Clara Maritza Riveros Romero instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y AFP Porvenir S.A., con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación al RAIS, por existir engaño y asalto a su buena fe, induciendo al error y viciando su consentimiento y, en consecuencia, se ordene al fondo privado a retornar los valores que hubiere recibido, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y rendimientos que hubiere causado al RPMPD administrado por Colpensiones. Así mismo, solicitó que se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante sin solución de continuidad; lo que corresponda a las facultades ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que estuvo afiliada a una caja pública desde el 3 de julio de 1990 al 30 de abril del 2001 y por motivos de la liquidación de dicha caja, sus aportes fueron trasladados al ISS. Refirió que para el mes de mayo de 1995 fue trasladada a AFP Porvenir S.A., quien no le brindó información clara, cierta, suficiente y oportuna en cuanto a las características del RAIS, al igual que las ventajas y desventajas de realizar el traslado de régimen pensional.

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que el traslado de régimen pensional realizado por la parte actora se encuentra ajustado a derecho y se realizó de manera libre y voluntaria, por lo cual, la nulidad alegada debe ser probada en juicio. Refirió que Colpensiones desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar en el que se produjo el traslado, además, si la afiliada escogió el RAIS para administrar su pensión esto debió ser por la información brindada a ella por parte de los asesores de la AFP. Como excepciones de mérito propuso los que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en caso de ineficacia de traslado de régimen, improcedencia de la declaración de nulidad de traslado de pensionados, responsabilidad Sui Generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto legislativo 01 de 2005, que adiciona el Art. 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

3.2. AFP Porvenir S.A. Al momento de descorrer el término de traslado la llamada a juicio se opuso a las pretensiones del libelo genitor esgrimiendo que la afiliación realizada por la demandante con Horizonte S.A., hoy AFP Porvenir S.A. fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, lo cual queda demostrado con la solicitud de vinculación, documento que es público y en el cual se observa la declaración escrita contemplada en el Art. 114 de la Ley 100 de 1993. En su defensa formuló las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de marzo del 2023, en la cual el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del traslado al RAIS y, en tal virtud, condenó a AFP Porvenir S.A. trasladar con destino a Colpensiones la totalidad de recursos que obran en la cuenta de ahorro individual de la demandante, lo cual incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo, ordenó trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones de manera indexada. Condenó a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada al RPMP sin solución de continuidad y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen. Por último, gravó en costas al fondo privado.

Para arribar a tal determinación afirmó que el deber de información debe ser garantizado por parte de las administradoras de fondos de pensiones al momento de tramitar el traslado de los trabajadores afiliados al régimen de prima media con prestación definida, pues así lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia, Sala de

Casación Laboral en aplicación al Decreto 663 de 1993 y la Ley 100 de 1993. Refirió que siempre ha existido el deber de información en cabeza de la AFP, como lo ha enseñado la citada Corporación, lo cual se reafirma con lo dispuesto en el artículo 1603 del Código Civil. Refirió que tales condiciones no han sido demostradas en el plenario, debiendo por tanto impartir condena.

5. Impugnación y límites del ad quem

5.1. AFP Porvenir S.A. Inconforme con la anterior decisión formuló recurso de apelación refiriendo que al condenarse a la indexación se está imponiendo doble sanción, ya que esta tiene como finalidad suplir la pérdida del poder adquisitivo, función similar que cumplen los intereses, mismos que suplen cualquier desfalco que pueda tener Colpensiones al momento de realizar el traslado de la demandante.

5.2. Colpensiones. Como fundamento de su alzada esgrimió que la demandante se encuentra en la prohibición legal del traslado del que trata la Ley 100 de 1993, sin que sea beneficiaria del régimen de transición, por lo que no es posible realizar el traslado de régimen pensional. Refirió que de mantenerse la sentencia de primer grado se pondría en riesgo la sostenibilidad financiera afectando de esta manera a los demás afiliados de Colpensiones. Dijo que al ser un tercero en el acto jurídico que dio paso al juicio, no puede ser ni favorecida ni afectada por la determinación proferida.

6. Alegatos de conclusión. La parte actora solicita se mantenga incólume el fallo de primera instancia en tanto que las demandadas no lograron demostrar haber cumplido con el deber de informar de forma clara, completa y concisa a la demandante al momento de trasladarse al RAIS.

Colpensiones y Porvenir S.A. alegan de conclusión y los argumentos reafirman los expuestos al momento de la impugnación del fallo, solicitando se revoque el fallo proferido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. Los recursos de apelación interpuestos por Colpensiones y AFP Porvenir S.A., se estudiarán de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por las recurrentes, y se estudiará en consulta en favor del ente público en lo que le sea desfavorable.

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas jurídicos secundarios: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que la actora se trasladó de régimen?; (iii) ¿En virtud

del principio de relativa jurídica, Colpensiones no es responsable de las consecuencias derivadas del acto jurídico celebrado entre la actora y fondo de pensiones codemandado?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexados?; (v) ¿Colpensiones debe aceptar el traslado y activar la afiliación de la demandante?; y (vi) ¿La acción para reclamar la ineficacia del traslado se encuentra prescrita?

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Clara Maritza Riveros Romero realizó cotizaciones por cuenta del empleador Ministerio de Educación Nacional entre el 3 de julio de 1990 al 15 de noviembre de 1994, según da cuenta el historial de cotizaciones emitido por la AFP Porvenir S.A. También se encuentra probado que la actora se afilió al ISS, hoy Colpensiones el 1° de marzo de 1995, con cotizaciones efectivas hasta el 31 de mayo de 1995; quien el 11 de abril de 1994 se trasladó al RAIS, mediante la suscripción del formulario de afiliación con AFP Porvenir S.A. núm. 409048, entidad en la que permanece actualmente según historia laboral allegada por la misma.

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

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

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 11 de abril de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía, una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que la afiliada pudiera conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones, lo cual implica

un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como las consecuencias jurídicas del traslado.

La información en los términos anotados no fue brindada por parte de la AFP codemandada, pues no existe ninguna prueba dentro del expediente que permita inferir que para el momento del traslado se le dio explicación a la actora 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.

En este punto, debe dejarse claro la Corte en reciente pronunciamiento vertido en sentencia SL 3685 de 2020, señaló que el diligenciamiento del formulario de vinculación a una Administradora del Sistema de Seguridad Social en Pensiones produce el efecto de la afiliación, con independencia de las cotizaciones a ésta sufragadas, de manera que dichos aportes no constituyen un requisito de validez del acto jurídico. Además, indicó la Corte al reiterar la sentencia bajo el radicado SL 413-2018, que *"(…) las cotizaciones no son un requisito de validez del acto jurídico de su afiliación, aunque sí puede llegar a ser clara señal del compromiso de un trabajador de pertenecer a un régimen pensional en casos dudosos (…)"*.

Por tanto, la AFP demandada 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 Colpensiones en su postura 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, pues es claro, conforme al reiterado criterio jurisprudencial de la CSJ, que además constituye doctrina probable, que se le debió garantizar a la actora 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, debe acotar la Sala que en el presente caso no es necesario estudiar si la demandante está o no dentro de la prohibición establecida en la Ley 797 del 2003 la cual no permite que los afiliados se trasladen cuando les falten 10 años o menos para adquirir la edad mínima para pensionarse, ni tampoco si cumple con los requisitos establecidas en la sentencia SU 062 de 2010, como quiera que no nos encontramos frente a una **solicitud de traslado** sino de ineficacia del traslado.

6. 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, 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.

7. Relatividad del acto jurídico. La censura cuestiona en rigor que no puede ser responsable por actos jurídicos donde no intervino, debido a que no participó en la vinculación de la actora con el fondo de pensiones accionado, por tanto, tampoco podría imponérsele obligación cuando es declarada la ineficacia de ese acto.

Atinente a este reproche, es cierto como se afirma que en virtud del principio *res inter allios acta*, los efectos jurídicos de los actos o negocios solo se surten entre los intervinientes, pero no frente a terceros; figura jurídica frente a la cual la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en sentencia SL7044 de 2017, ha dicho que "*impone que las obligaciones que se generan a partir de su celebración, como regla general, deben ser atendidas por los contratantes, que no por un tercero, con las excepciones legales consagradas*"; de tal manera que la invalidación del acto jurídico entre el accionante y el fondo de pensiones, no surte en línea de principio efectos en contra de Colpensiones por su calidad de tercero de buena fe, pues no hizo parte del mismo, por lo que ni su celebración, tampoco su eventual ineficacia lo debe perjudicar.

No obstante, para la Sala, es claro que la declaración judicial que se haga respecto de la ineficacia del traslado tiene la aptitud de involucrar a Colpensiones, pues pese a que no intervino en la afiliación al RAIS, si es un tercero relativo que, por virtud de la relación jurídica con el accionante le acarrea la consecuencia de aceptar su retorno como si nunca se hubiera trasladado. Emerge con nitidez de lo anterior, que la figura de la relatividad del acto jurídico halle su excepción respecto de la afiliación que sostuvo la demandante con el RAIS, cuya ineficacia se demanda, debido a que, al ser declarada judicialmente, sus efectos necesariamente vinculan a Colpensiones al permanecer incólume la afiliación a dicha entidad, con independencia de que hubiere actuado de buena fe y sea un tercero ajeno a los actos jurídicos de estos.

Tal panorama en que se afinca la Sala, tampoco varía en la forma señalada por la recurrente, por las omisiones en el deber de información en la que incurrió el fondo de pensiones demandado, pues ante el incumplimiento, lo que emerge es dejar sin efectos su vinculación con éste, de tal manera que la relación que surgió entre Colpensiones y la actora retorna como si nunca hubiera nacido el acto de traslado, con mayor razón, cuando en este asunto está probada la infracción al deber de información en incurrió el fondo privado en el acto de vinculación, de ahí que esas razones sean suficientes para desestimar los reproches indicados por Colpensiones.

8. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. Actos de relacionamiento. Alude los apoderados de las demandadas que en el presente asunto debe tenerse en cuenta "los actos de relacionamiento" de que trata la sentencia SL3752 de 2020, ya que la actora estuvo por más de 20 años realizando cotizaciones y traslados en el RAIS sin plantear ninguna inconformidad.

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

10. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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-).

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Porvenir S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en la AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales, como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Además, 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.

Las razones expuestas son suficientes para confirmar la sentencia en este punto de apelación.

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

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. y a favor de la demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados en términos del artículo 365 del C.G.P. Las de primera se confirman.

DECISIÓN

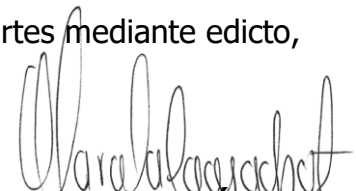
En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 13 de marzo de 2023 por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y AFP Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y AFP Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.

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 VARÓN PEÑA
Demandados:	COLPENSIONES y OTRAS.
Radicación:	13-2021-00381-01
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO – ADICIONA y CONFIRMA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Claudia Varón Peña instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, la AFP Porvenir S.A., la AFP Protección S.A y la AFP Colfondos S.A con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación al RAIS y, en consecuencia, que se declare para todos los efectos legales que nunca estuvo afiliada al RAIS en Porvenir S.A, Colfondos S.A. y actualmente en Protección S.A., por ende quede de nuevo afiliada al régimen de prima media, ordenando a la AFP Protección S.A. a devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido en la cuenta de Ahorro Individual, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieren causado; que se condene a lo extra y ultra petita, y al pago de agencias en derecho y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló, que realizó traslado de régimen desde el extinto ISS, hoy Colpensiones a la AFP Porvenir S.A el 10 de noviembre de 1995; que al momento del traslado los asesores comerciales de la AFP omitieron información acerca del funcionamiento del RAIS, no realizaron ningún tipo de proyección acerca de la mesada pensional, entre otros aspectos que conllevan al traslado de régimen; que mediante comunicado de 09 de junio de 2021 se realizó una proyección pensional que concluyó que en el RAIS la mesada pensional sería de $ 1.342.433 y en el RPM ascendería a $3.773.033; que acumula un total 1.355.85 semanas; que el 22 de junio de 2021 hizo una solicitud a Porvenir S.A. pidiendo la ineficacia de la afiliación pero no fue respondida; que el 02 de junio de 2021 Colpensiones le comunica que no es procedente la anulación de la afiliación, ya que su traslado es válido. (Expediente digital, archivo No 02 y 09)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 12NotificacionANDJE); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones:

3.1. Colpensiones: Estando dentro de la etapa procesal pertinente se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que la afiliación tiene de plena validez, cumpliendo con los requisitos legales de la época, siendo una decisión libre y voluntaria, por ende, es improcedente la declaratoria de ineficacia; que la demandante está en la prohibición del

artículo 2° de la ley 797 del 2033. Propuso como excepciones a las que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento jurídico, buena fe, prescripción y caducidad, imposibilidad de condena en costas y la genérica. (Expediente digital PDF, 15ConstestacionColpensiones.pdf pág. 1 a 19)

3.2. AFP Porvenir S.A.: En respuesta a la demanda se opuso a las pretensiones incoadas en su contra alegando que la vinculación al RAIS se dio de manera libre e informada después de haber recibido una asesoría amplia y suficiente acerca del funcionamiento del régimen; que el cambio de régimen se dio bajo los parámetros de la ley 100 1993, adicionalmente no existen vicios del consentimiento que invaliden lo actuado; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de que trata la ley 797 del 2003, artículo 2°. Propuso como excepciones de mérito las que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica. (Expediente digital PDF 14ContestacionPorvenirPDF pág. 1 a 27)

3.3 AFP Protección S.A.: Dando respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que el acto de cambio de régimen goza de existencia, validez y está exento de vicios, por ende, la decisión fue libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993, normas vigentes para la época; que no era viable hacer una proyección pensional ya que para la fecha del traslado aún era muy lejano la fecha para obtener dicho beneficio pensional; que la demandante se encuentra dentro de la prohibición de la ley 797 del 2003, artículo 2°. Propuso como excepciones de mérito las de buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP - inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS, y la genérica (Expediente digital PDF 18ContestacionProteccionPDF pág. 1 a 33)

3.4 AFP Colfondos S.A.: Se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que las pretensiones no gozan de presupuestos de hecho ni de derecho; que sí se le brindó una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen conforme la ley 100 de 1993, artículos 13 y 271, y el Decreto 692 de 1994, artículo 11; que está demostrado la voluntad de la demandante de permanecer en el RAIS, ya que estuvo más de 20 años afiliada al régimen de ahorro individual. Propuso como excepciones de fondo las que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimidad en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorio administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, y compensación y pago. (Expediente digital PDF. 17ConestacionColfondos.pdf pág. 1 a 19)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 16 de marzo de 2023, en el que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizada por Claudia Varón Peña al régimen de ahorro individual; ordenando a Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A. devolver a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, comisiones con cargo a sus propias utilidades, aportes para garantía de pensión mínima

y por ende a Colpensiones, a recibir todos los aportes y tener como afiliada a la actora. Finalmente, condenó en costas a Porvenir S.A.

La decisión de la Juez tuvo sustento jurídico en los pronunciamientos de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, refiriendo que el cumplimiento del deber de información que se encuentra en cabeza de las AFP garantiza al potencial afiliado la toma de una decisión libre y autónoma que le permitiera contar con elementos suficientes para conocer las consecuencias de su traslado, así como también señaló que este se acredita a través de la información clara, comprensible y objetivamente verificable.

De acuerdo a lo anterior, dijo que no suministrarle información necesaria, suficiente y objetiva sobre las consecuencias del traslado a un régimen pensional a otro, lleva a la ineficacia del traslado, de manera que siendo los únicos medios de convicción que obran en el proceso el interrogatorio de parte y el registro de afiliación, los mismos no son prueba suficiente para determinar que se brindó la asesoría de manera correcta, por lo que, procedió a acceder a las pretensiones de la demanda en lo que hace a la declaratoria de la ineficacia del acto de traslado.

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia, condenó a la devolución por parte de Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., de los valores en la cuenta de la demandante como cotizaciones, rendimientos, gastos de administración, comisiones, y porcentajes destinados al fondo de garantía de pensión mínima, con frutos e intereses.

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

5.1 Colpensiones Interpuso recurso de apelación contra toda la sentencia ya que no le asiste la razón a la demandante debido a que para el año del cambio de régimen, por voluntad propia ejerció su derecho constitucional a la libre escogencia; que se encuentra dentro de la prohibición legal de la ley 797 del 2003, artículo 2°; que las AFPs cumplieron con el deber de información, ya que el deber de la doble asesoría fue posterior a la fecha del cambio de régimen, por lo cual este último deber no se puede tomar de manera retroactiva; que la decisión del traslado afecta el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

5.2 Demandante: Interpone recurso de apelación parcial en cuanto a la no imposición de costas frente a todas las demandadas, solicitando que su condena a cargo de Colfondos S.A., Colpensiones y Protección S.A., ya que las costas son las cargas económicas que debe asumir las partes que tuvieron una decisión desfavorable, además que todas las demandadas se opusieron a la totalidad de las pretensiones.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Porvenir S.A.: En la oportunidad procesal solicita que se revoque la decisión de instancia y se absuelva de todas las suplicas incoadas por la demandante al no configurarse la ineficacia del traslado. Ahora, en caso de confirmarse la ineficacia del traslado, se debe absolver de la indexación ya que los rendimientos en el RAIS superan los rendimientos que se hubieran causado en el régimen de prima media con prestación definida.

6.2 Demandante: Solicita que se confirme la ineficacia del traslado, junto con sus consecuencias, y además que se condene en costas a las demandadas.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

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

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Claudia Varón Peña se afilió al otrora ISS, hoy Colpensiones desde el 22 de julio de 1993 con cotizaciones hasta el 30 de noviembre de 1995 conforme aparece en la historia laboral expedida por Colpensiones (Expediente Electrónico PDF 15ContestacionColpensiones.pdf pág. 19); que se trasladó a Porvenir S.A el 10 de noviembre de 1995 mediante formulario de afiliación (Expediente electrónico PDF 03 Pruebas.pdf pág. 2), luego se trasladó a Colfondos S.A. el 04 de julio de 1996 mediante formulario de afiliación (expediente electrónico PDF 03 Pruebas.pdf pág. 3); posteriormente se trasladó a Santander, hoy Protección S.A. el 01 de noviembre de 2001, mediante formulario de afiliación (Expediente electrónico PDF 03 Pruebas.pdf pág. 4), y por último se trasladó a Protección S.A el día 01 de agosto de 2002, entidad donde se encuentra actualmente (expediente electrónico PDF 03 Pruebas.pdf pág. 5)

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

663 de 1993, y en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha **carga a los consumidores financieros**, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria además de ser la parte débil de la relación contractual, quien en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 10 de noviembre de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en

la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

Por tanto, la AFP 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 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.

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.

6. 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.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Colpatria S.A hoy Porvenir en el año de 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 a la potencial afiliada, 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 10 de noviembre 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.

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

años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
>
> (…) *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y

SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, sin embargo, no se ordenó la indexación, y, por ende, habrá de adicionarse la sentencia en este ítem.

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

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

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

11. 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.

12. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Colpensiones, Protección S.A y Colfondos S.A., tal como lo solicita la parte demandante dentro de su recurso de apelación, ya que fueron partes vencidas en el proceso, además presentaron férrea oposición a las pretensiones. Tésense.

13. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la COLPENSIONES, y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

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 16 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, la orden de que sobre los conceptos allí ordenados se devuelvan **DEBIDAMENTE INDEXADOS,** de conformidad con la parte motiva de este fallo.

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

TERCERO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES. Las de primera, se adiciona el numeral QUINTO de la sentencia, en el sentido de imponerse costas también a cargo de Colpensiones, Protección S.A. y Colfondos S.A.. Tásense.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de COLPENSIONES, el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.

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 ELENA CABEZAS BELALCÁZAR
Demandados:	PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES.
Radicación:	110013105-037-2021-00478-01
Tema:	INEFICACIA-ADICIONA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

Demanda. María Elena Cabezas Benalcázar instauró demanda ordinaria contra Colpensiones y las AFPS Porvenir S.A., Skandia S.A. y Protección S.A., con el fin de que se declaré la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Porvenir S.A. a principios del año 1996, y que, como consecuencia de esta, se declare la ineficacia de las afiliaciones efectuadas de manera posterior a las AFPS Skandia S.A. y Protección S.A. y su posterior regreso a la AFP Porvenir S.A., como consecuencia de la declaratoria de las ineficacias de dichos traslados, se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a tener entre sus afiliados a la demandante, e igualmente, se ordene a las AFPS a devolver a Colpensiones la totalidad de aportes realizados, rendimientos financieros, cuotas de administración, al igual que el bono pensional; lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que la demandante fue afiliada inicialmente al ISS, hoy Colpensiones efectuando cotizaciones desde el día 11 de abril de 1988, hasta el 31 de diciembre de 1994; que se trasladó del RPMPD al RAIS con la AFP Porvenir S.A. desde el mes de enero de 1996; que se trasladó a la AFP Skandia S.A. iniciando cotizaciones en el mes de mayo de 1997; que inició cotizaciones a la AFP Protección S.A. en el mes de enero de 1999; y que finalmente se trasladó nuevamente a Porvenir S.A. a mediados del año 2000; que en sus traslados entre el RAIS nunca recibió información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas de ambos regímenes; que radicó un derecho de petición ante Colpensiones el día 06 de agosto del 2021, recibiendo respuesta negativa. (Fols. 13 a 20 archivo No 04)

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

3. Contestación de la demanda

3.1. Colpensiones. Se opuso a la totalidad de las pretensiones de la demanda aduciendo que no se allegó al plenario prueba alguna que permitiese invalidar el acto

jurídico de afiliación, que libre y espontáneamente realizó la actora a dicho fondo privado, aunado a ello, la información que extraña no haber recibido se encuentra contenida en la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, normas que por ser de alcance nacional impone su conocimiento y obligatorio cumplimiento. Como excepciones perentorias, propuso las que denominó como aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, y la innominada o genérica. (Fols. 02 a 25 archivo No 10)

3.2. Protección S.A. Se opuso a cada una de las pretensiones argumentando que el acto del traslado de la demandante al fondo de pensiones obligatorias administrados por la AFP es un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, como prueba de esto se puede observar el formulario de vinculación que suscribió la demandante, el cual, fue suscrito de manera libre y espontánea, solemnizado de esta forma su afiliación, acto que tiene naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud de lo cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del fondo como de la afiliada; que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, desvirtuando de esta manera cualquier evento que pudiera viciar el consentimiento. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como 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 de 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. 02 a 23 Archivo 13)

3.3 Porvenir S.A. La AFP demandada se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda, argumentando que el traslado de la demandante al RAIS y posteriores traslados horizontales son completamente válidos toda vez que estuvieron precedidos por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993. Así mismo, que no se dan los supuestos necesarios para declarar la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS, por el contrario, se evidencia que la accionante durante el tiempo de vinculación al RAIS tuvo todas las posibilidades de conocer las características y condiciones; que igualmente, la estructura y condiciones del RPM y del RAIS se encuentran cabalmente estipuladas en la ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, por lo que, no resultaba plausible que se alegase la no asesoría de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y clara sobre las diferencias de los regímenes y sus beneficios. Como excepciones de fondo rotuló las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la innominada o genérica. (Fols. 01 a 29 Archivo 09)

3.4 Skandia S.A.: Se opuso a todas y cada una de las peticiones formuladas en la demanda argumentando que la parte demandante no manifiesta en el relato de los hechos ni en las pretensiones, así como tampoco allega pruebas si quiera sumaria, de las razones de hecho que sustentan la nulidad o ineficacia al momento de la afiliación al RAIS, y que por el contrario, se observa en la documental que se allega

con el escrito de demanda, que la demandante durante su vida laboral decidió voluntariamente permanecer en el RAIS y consolidar allí su derecho pensional. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Fols. 02 a 14 Archivo 12)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 13 de febrero de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia del acto jurídico de traslado entre regímenes pensionales que efectuó la demandante del RPMPD administrado en su momento por el ISS al RAIS administrado por la AFP Porvenir S.A. y en consecuencia, declaró válida la afiliación de la demandante al RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a Porvenir S.A. como actual administradora a transferir a Colpensiones todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos financieros, lo recaudado por gastos de administración y comisiones, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de la pensión mínima; condenó a las AFPs Skandia S.A. y Protección S.A. a devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gatos de administración y comisiones, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de la pensión mínima respecto de los periodos en los cuales la demandante se encontró afiliada a dichas entidades; declaró no probadas las excepciones propuestas; condenó en costas a Porvenir S.A.

El a quo fundamentó su decisión entre otras en las sentencias SL 1452 y SL 1689, ambas del año 2019, en virtud de las cuales, y según lo previsto en el artículo 13, literal b) de la ley 100 de 1993 y en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, se debe analizar si el acto jurídico resulta ineficaz verificando si las AFPS pusieron en conocimiento de la afiliada hoy demandante la información pertinente del cambio de régimen pensional.

En este sentido, consideró que se acreditó el traslado entre regímenes pensionales, y que, al analizar los formularios de afiliación evidenció que cumplen con los parámetros formales; sin embargo, esto no acredita que se haya informado a cabalidad de los riesgos, ventajas y desventajas de ingresar al RAIS.

En conclusión, el fallador consideró que las AFPs demandadas no lograron demostrar que a la demandante se le brindó una información clara y precisa para que ella pudiese tomar una decisión libre de vicios de consentimiento, por lo que, no queda más que declarar la ineficacia del acto jurídico de traslado, advirtiendo que, el requisito de brindar la información al futuro afiliado tiene mayor relevancia jurídica debido a que es el elemento primordial para determinar la eficacia y validez en el acto jurídico del traslado de régimen.

Por lo anterior y como consecuencia de la declaratoria e ineficacia, se debe realizar la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual por parte de las AFPS, los cuales deberán ser consignados Colpensiones y debe incluir los valores de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y bonos pensionales, así como también los valores recaudados por gasto de administración y comisiones, así como los valores utilizados en seguros previsionales y los emolumentos destinados a constituir el fondo de garantía de la pensión mínima.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1 Colpensiones: interpone recurso de apelación, en cuanto a la declaración de ineficacia por cuanto las demandadas cumplieron a cabalidad con el deber de brindar la información que era pertinente en la época en la cual se realizó el traslado de régimen pensional; que la falta de información no es una causal para alegar la ineficacia, toda vez que tanto las características como las ventajas y desventajas de cada régimen se encuentran consolidados en la ley 100 de 1993; que en las documentales se puede observar que la demandante aceptó y firmó de manera libre y voluntaria los formularios de afiliación al RAIS, así como los posteriores formularios de traslado horizontal que realizó; que las AFP demandadas deben devolver los respectivos pagos de administración y los valores solicitados debidamente indexados.

5.2 Skandia S.A.: Interpone recurso de apelación argumentando que no existen razones fácticas o jurídicas que conduzcan a la ineficacia del acto jurídico por medio del cual la demandante se trasladó de régimen pensional, toda vez que la demandante recibió una información veraz y suficiente sobre las características del régimen y las consecuencias de llevar a cabo el traslado; que los formularios suscritos por la demandante son totalmente válidos toda vez que en su tiempo fueron aprobados por la Superintendencia Bancaria, dándose así cumplimiento a la asesoría y buen consejo para que surta de todo efecto el traslado de régimen.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones: En la oportunidad procesal solicita que se revoque la sentencia de primer grado y se absuelva a Colpensiones, además que la actora se encuentra en la prohibición legal de retornar a Colpensiones, igualmente, que se afecta la sostenibilidad financiera del sistema; que la actora no mostró inconformidad durante su permanencia en el RAIS.

6.2 Porvenir S.A.: Aduce que debe revocarse la decisión de instancia, pues no se configuran los presupuestos del traslado de régimen pensional, además que el traslado fue libre y voluntario con la suscripción del formulario de vinculación; que la actora recibió información sobre ambos regímenes.

6.3 Skandia S.A.: Manifiesta que se revoque la decisión del a quo, dado que el traslado fue libre, voluntario y sin presiones, aunado a que, para la fecha del traslado no existía obligación alguna de dejar documentada la asesoría, ya que lo único que se exigía era la suscripción del formulario de vinculación.

6.4 Demandante: Indica que se configuró la ineficacia del traslado de régimen pensional, y por ello, debe confirmarse la sentencia de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y la AFP Skandia 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 las 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.

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

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora María Elena Cabezas Belalcazar se afilió el 11 de abril de 1988 al ISS, hoy Colpensiones con cotizaciones efectivas hasta el mes de enero de 1996, según historia laboral de Colpensiones (Fols. 26 Archivo 10); que el 15 de diciembre de 1995 se trasladó al RAIS, administrado por Porvenir S.A. (Fols. 30 Archivo 09); que el 29 de mayo de 1997 se trasladó a la AFP Skandia S.A. (Fols. 15 y 17 archivo No 12); que posteriormente, se trasladó a la AFP Davivir, hoy Protección S.A. el 15 de enero de 1999 (Fols. 39 archivo 13); luego, el 22 de marzo del 2000 se trasladó a Colpatria, hoy Porvenir S.A. (Fols. 79 archivo No 09); y finalmente se trasladó a la AFP Porvenir S.A. el 30 de octubre del 2008 (Fols. 32 y 79 archivo No 09), entidad en la que se encuentra actualmente (Fols. 40 a 43 proceso digitalizado, archivo 09).

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

financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

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

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

Frente a la información que se debía brindar para esa época –año 1995-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, el 15 de diciembre 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

Por tanto, la AFP 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 desanimarlo de tomar una opción que claramente le perjudica, de manera que se equivoca las AFP en su postura 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.

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.

6. 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.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 PORVENIR S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, 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 15 de diciembre 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.

8. Actos de relacionamiento. Esta temática en efecto ha sido abordada por parte de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, quien ha tenido en cuenta los actos posteriores a la afiliación para convalidar la misma en el RAIS; no obstante, tal tesis fue objeto de acción de tutela, y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia STP15228-2021 concluyó que la tesis de los llamados "actos de relacionamiento" modificaba o variaba la línea jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral – permanente, ya que "el análisis probatorio para determinar si se cumplió el deber de información en los actos de traslado de régimen

pensional, debe ser antecedente o concomitante al mismo, sin tener en cuenta los actos posteriores que el afiliado hubiera podido realizar", tesitura que en el caso concreto no modifica la decisión de instancia, pues la falta de información se juzga al momento del traslado sin importar los actos posteriores del afiliado, sin que el hecho de que la afiliada permanezca 20 o más años haga que se convalide la falta de información por la llamada tesis de los "actos de relacionamiento".

9. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
>
> (…) *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de

pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. y PROTECCIÓN S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, sin embargo, no se ordenó la indexación, 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 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 este valor durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de SKANDIA S.A. dado que no les prosperó el recurso de alzada. Frente a

Colpensiones no se imponen, dado que le prosperó parcialmente la apelación en lo referida a la indexación. 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,

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 el numeral **SEGUNDO** y **TERCERO** de la sentencia proferida el 13 de febrero de 2023, por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** de que sobre los conceptos allí ordenados se devuelvan **DEBIDAMENTE INDEXADOS,** de conformidad con la parte motiva de este fallo.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada y consultada.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

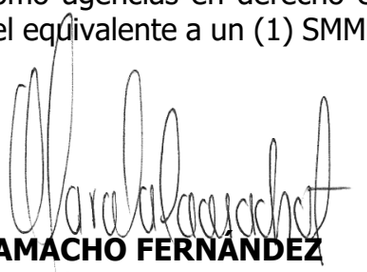
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Skandia S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000.



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:	NUBIA DEL PILAR PEÑA IGUAVITA
Demandados:	COLPENSIONES Y OTRAS.
Radicación:	30-2020-00274-02
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Nubia del Pilar Peña Iguavita instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, AFP Porvenir S.A., AFP Protección S.A. y la AFP Colfondos S.A., con el propósito de que se declare la ineficacia del traslado realizado al RAIS y, en consecuencia, que se declare para todos los efectos que nunca se trasladó al RAIS y que siempre estuvo afiliada a Colpensiones sin solución de continuidad. Que se ordene a Colpensiones a reconocer la pensión de vejez con su respectivo retroactivo pensional desde el 9 de agosto de 2018, fecha donde se cumplió con los requisitos de la pensión de vejez, y los intereses moratorios que trata el artículo 141 de la ley 100 de 1993. Igualmente, que se condene a Colpensiones y Protección S.A. al pago de perjuicios y lo que resulte de lo ultra y extra petita, y las costas y agencias en derecho.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló, que nació el 9 de agosto de 1961, que se trasladó del extinto ISS, hoy Colpensiones al RAIS a través de la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. en el mes de julio de 1994; que el traslado de régimen no estuvo precedido de la información suficiente que le permitiera conocer las características, condiciones y riesgos del nuevo régimen; que posteriormente en diciembre de 1996 se trasladó a Colfondos S.A, luego realizo traslado a la AFP Santander, hoy Protección S.A.; que solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen y el reconocimiento pensional el 3 y 29 de mayo de 2018, pero ambas solicitudes fueron negadas; que Protección S.A. realizo una proyección pensional, donde a los 59 años obtendría una pensión de $1.037.312, mientras que en Colpensiones ascendería a $2.572.584. (Expediente digital PDF, 01DemandaAnexos pág. 1 a 43)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico, PDF 17NotificacionAndje); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestaciones.

3.1. Colpensiones: Estando en la oportunidad pertinente respondió a la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones alegando en su defensa que el traslado de régimen tiene una finalidad netamente económica de su mesada pensional, y no porque haya existido falta de información; que el traslado se hizo dentro del marco legal, es decir, cumpliendo lo establecido en el artículo 13 de la ley 100 de 1993; que es obligación del

afiliado estar pendiente de su status pensional según el Decreto 2255 de 2010; que la demandante está en la prohibición del artículo 2° de la Ley 797 de 2003. Propuso como excepciones de fondo las que denominó perfeccionamiento de los actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección de la sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, y la innominada o genérica. (Expediente digital PDF 13ContestacionColpensiones.pdf pág. 1 a 20)

3.2. AFP Porvenir S.A.: Contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones alegando que no se aporta prueba que permita indicar que el traslado de régimen se dio bajo algún vicio del consentimiento; que la accionante durante todo el tiempo de vinculación al RAIS tuvo la oportunidad de conocer el funcionamiento del régimen ya que estuvo afiliada por más de 26 años, y no puede ahora alegar su propia culpa en su beneficio; que para la fecha del traslado los fondos de pensiones contaban con unas obligaciones expresas, las cuales se encuentran contenidas en el artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y el artículo 30 del Decreto 663 de 1993, y fue con posterioridad que se impusieron mas cargas a las administradoras de pensiones, como la doble asesoría. Propuso como excepciones de mérito 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. (Expediente digital PDF, 12ContestaciónPorvenir.pdf pág. 1 a 31)

3.4 AFP Protección S.A.: En su respuesta se opuso a las pretensiones alegando que el traslado es un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, debido a que el formulario de afiliación se realizó de manera libre y espontánea en los términos del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, respetando la libre elección de régimen consagrada en los artículos 13 y 271 de la ley 100 de 1993; que la pensión no pude ser reconocida bajo los parámetros del régimen de prima media, sino conforme los requisitos exigidos en el RAIS. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP - inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, y la innominada o genérica. (Expediente digital PDF 15ContestaciónProteccion.pdf pág. 1 a 26)

3.5 AFP Colfondos S.A. Dando respuesta a la demanda se opuso a la totalidad de las pretensiones alegando que la AFP si brindó a la accionante una asesoría integral y completa respecto de las implicaciones del cambio de régimen, por ende, es imposible que se genere la nulidad absoluta del acto que se alega según el artículo 899 y 1741 del Código Civil; que la demandante no especifica cual fue el vicio del consentimiento; que no existe error, fuerza o dolo dentro del acto de traslado; que el actuar de la AFP siempre ha sido de buena y según los mandatos constitucionales. Propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, falta de causa en las pretensiones de la demanda, prescripción, buena fe, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, falta de legitimación en la causa por pasiva, compensación y pago, petición antes de tiempo, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, y la innominada o genérica (Expediente digital PDF 16ContestaciónColfondos.pdf pág. 1 a 22)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 31 de marzo de 2023, en el que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por Nubia Del Pilar Peña Iguavita al régimen de ahorro individual; declarando que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colpensiones sin

solución de continuidad, por ende, condenó a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones todos los recursos que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante y los que se hayan generado con cargo a sus propios recursos tales como las comisiones o gastos cobrados por administración, primas de los seguros previsionales de sobrevivencia e invalidez y aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, debidamente indexados. Ordeno a Colpensiones a recibir dichos emolumentos y a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir de la fecha en que demuestre el retiro del sistema; condenó en costas a Protección S.A., Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las sentencias SL-1688 de 2019, la SL-4811 de 2020, y la SL-2837 de 2020. Así las cosas, manifestó que lo que se debe analizar es si las AFPs demandadas cumplieron con el deber legal de brindar la correspondiente información, tanto las ventajas y las consecuencias a la futura afiliada.

En ese sentido, consideró que, si bien las AFPs aportaron como prueba documental el formulario de afiliación, este no es suficiente para predicar que existió una decisión informada, por lo que el requisito de la información con la suscripción de dicho documento no se encuentra satisfecho.

En conclusión, el a quo consideró que tanto Porvenir S.A., Protección y Colfondos S.A. no lograron demostrar en el juicio que se le haya informado a la parte actora de manera clara y detallada los beneficios y consecuencias del traslado, ni tampoco allegó pruebas de haber brindado la información, entre otras características que estaban en cabeza de la AFP, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar ineficaz el traslado de régimen, con la devolución de los aportes efectuados por la afiliada durante toda su vida laboral al RPM administrado por Colpensiones.

En cuanto a la pensión de vejez manifestó que de conformidad con la Ley 797 del 2003, artículo 9, la demandante cumple con los requisitos que son la edad mínima y semanas requeridas, ordenando su reconocimiento y pago una vez acredite la novedad de retiro del sistema, autorizando a Colpensiones a descontar los aportes correspondientes a salud.

Frente a la prescripción de la ineficacia del traslado, la declaró no probada, ya que se trata de derechos referentes a la seguridad social de carácter irrenunciable.

5. Impugnación y límites del ad quem. Fue propuesto recurso de apelación por las siguientes partes procesales.

5.1 Protección S.A.: Interpuso recurso de apelación parcial frente a la condena en costas procesales, teniendo en cuenta que el actuar fue conforme a derecho, respetando las líneas y procedimientos correspondientes, además que era imposible resolver de fondo la petición de la actora en sede administrativa, máxime que la demandante presentó un traslado horizontal entre administradoras de pensiones dentro del RAIS.

5.2 Porvenir S.A.: Interpuso recurso de apelación alegando que, si bien no existen documentos donde se evidencie la información brindada, lo cierto es que, para la fecha del traslado del régimen pensional, así como los traslados horizontales, no era un deber guardar mayor documentación que el formulario de afiliación, siendo este aprobado por la Superintendencia Financiera; que la demandante está alegando su propia culpa en favor de su propio beneficio, ya que al momento de hacer el cambio de régimen contaba con todos los elementos necesarios para corroborar la decisión, de igual forma como consumidora financiera también tenía el deber de averiguar sobre la decisión del cambio

de régimen que estaba efectuando; que no se debe condenar a los gastos de administración, sumas o primas previsionales, ya que dichos rubros no están destinados al pago de la pensión y en caso de ratificar la ineficacia es improcedente la devolución de dichos emolumentos, ya que estos fueron gastos causados y destinados a asegurar las contingencias, y frente a la indexación, es improcedente ya que dicho reconocimiento supera la depreciación que ha tenido los aportes.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Porvenir S.A.: Peticiona que se revoque la decisión de primer grado, ya que el traslado se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal como quedó consignado en el formulario de vinculación; que no es procedente la devolución de los gastos de administración y sumas previsionales, ya que son conceptos que no se encuentran en poder de la AFP.

6.2 Demandante: Argumenta en los alegatos que se configuró la ineficacia del traslado de régimen, por lo que, lo procedente es confirmar la decisión de instancia que declaró la ineficacia del traslado con sus respectivas consecuencias.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Protección S.A. y Porvenir S.A se estudiará de acuerdo con las directrices establecidas en el artículo el 66A del CPTSS que consagra el principio de consonancia, esto es, teniendo en cuenta los puntos y materias objeto de inconformidad, expuestos por la 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.

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

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Nubia Del Pilar Peña Iguativa se afilió al ISS, hoy Colpensiones desde 14 de agosto de 1990 con cotizaciones hasta el 31 de julio de 1994 conforme aparece en la historia expedido por Colpensiones (Expediente electrónico, PDF14ExpedienteAdministrativo.pdf pág. 1588); que se trasladó a Porvenir S.A. 26 de julio de 1994 (Expediente 12ContestacionPorvenir.pdf pág. 32), posteriormente se trasladó a Colfondos S.A. el 20 de agosto de 1997 (Expediente digital PDF, 15ContestacionProteccion.pdf pág. 95); luego, se trasladó a ING, hoy Protección S..A. el 24 de mayo de 1999 (expediente digital PDF, 15ContestacionProteccion.pdf pág. 97), entidad donde se encuentra actualmente.

5. 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 1994-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 26 de julio de 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

Por tanto, la AFP 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 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.

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 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.

6. 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.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Porvenir S.A. en el año 1994 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 a la potencial afiliada, 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 26 de julio de 1994 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.

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

9. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
>
> (…) *Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación 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 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 este valor durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

11. 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.

12. Pensión de vejez - Ley 797 del 2003. 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.

12.1. Edad. La demandante cumplió el requisito de edad de los 57 años el 09 de agosto de 2018, toda vez que nació el mismo día y mes del año 1961, como da cuenta la fotocopia de su cédula que reposa en el cartapacio. (Expediente digital 01DemandaAnexos.pdf pág. 187)

12.2. Semanas. Revisada la historia laboral expedida por la AFP Protección S.A., se evidencia que la demandante también cumple con este requisito, pues cuenta con un total de 1.524,86 semanas al 18 de junio de 2021. Por tanto, es claro que la gestora del proceso tiene derecho a que se le reconozca y pague una pensión de vejez conforme a lo establecido en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 del 2003, y como quiera que así lo declaró el a quo, se procederá a confirmar su decisión.

12.3. Disfrute de la pensión y liquidación. Es pertinente señalar que para entrar a disfrutar de la pensión aquí reconocida es necesaria la desafiliación del sistema, conforme lo exige el art. 13 del A. 049 de 1990. En consecuencia, como el a quo ordenó su reconocimiento desde la acreditación de la novedad de retiro, y tal decisión no fue confitada por la parte actora, sin mayores elucubraciones se confirmará la decisión en este ítem. Para su liquidación se deberá tener en cuenta hasta la última semana efectivamente cotizada por este riesgo, en el porcentaje que le corresponda conforme al art. 34 de la Ley 100 de 1993 y teniendo un salario base de liquidación de toda la vida o por los diez últimos años de cotización, lo que le sea más favorable, la cual se debe pagar junto con los reajustes de orden legal que sobre las mismas se deban hacer año a año.

Aclarando que, para efectos del reconocimiento ordenado, Colpensiones deberá tener en cuenta que la actora causó su pensión con posterioridad al Acto legislativo 01 de 2005, por lo que tendrá derecho a **13** mesadas pensionales al año.

14. Costas en primera instancia. Frente a las costas, el art. 365 del CGP prevé que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, de manera que es procedente imponer costas de primera instancia en contra de Protección S.A., tal y como lo señaló el *a quo*, no siendo procedente su revocatoria y menos aun cuando se opuso a todas las pretensiones de la demanda, por lo que este punto de apelación resulta infructuoso.

15. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de la AFP Porvenir S.A. y Protección S.A., y a favor de la parte demandante, por no haber prosperado el recurso de apelación impetrado.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 31 de marzo de 2023, por el juzgado Treinta Laboral del circuito de Bogotá, conforme en lo expuesto en la parte emotiva de esta sentencia

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. , el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000 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:	YASMINA ESTHER CARRILLO CANTILLO
Demandados:	PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES
Radicación:	110013105-004-2020-00310-01
Tema:	INEFICACIA

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA
ANTECEDENTES RELEVANTES

Demanda. Yasmina Esther Carrillo Cantillo instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., con el fin de que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, y en consecuencia, se condene a realizar la activación de la demandante en el RPMPD administrado por Colpensiones; que se condene a la AFP Porvenir S.A. a devolver todos y cada uno de los valores consignados en la cuenta de ahorro individual de la demandante por concepto de cotizaciones, bonos pensionales y cualquier suma adicional de la aseguradora junto con sus rendimientos causados; lo demás que considere pertinente el juez; lo ultra y extra petita.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones, señaló que la demandante cotizó en el ISS, hoy Colpensiones desde el 02 de agosto de 1990 hasta el 12 de septiembre de 1994 acumulando un total de 140 semanas; que posteriormente fue trasladada al RAIS con la AFP Colfondos S.A., y que posterior a esta afiliación, fue trasladada de manera horizontal a la AFP Porvenir S.A. en abril del año 2000; que el fondo privado no asesoró en debida forma a la demandante ni le informó al momento del traslado inicial cuales eran los requisitos para pensionarse en este sistema de acuerdo a su historia laboral; que el 10 de octubre del 2019 radicó ante Colfondos S.A. y Porvenir S.A. solicitud de traslado, la cual le fue negada en ambas AFP; que el 19 de octubre del 2019 radicó ante Colpensiones la solicitud de nulidad del traslado inicial, la cual le fue negada por Colpensiones el 23 de octubre del 2019. (Fols. 06 a 33 archivo 01)

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Proceso digitalizado, archivo 18); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación.

3.1. Colpensiones. Se opuso a las pretensiones, argumentando que desconoce las circunstancias de tiempo, modo y lugar mediante las cuales se llevó a cabo la asesoría por parte de las AFP demandadas del RAIS; que no hay lugar a la afiliación nuevamente con Colpensiones; que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003. Como excepciones de mérito rotuló las de 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, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, 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 Art. 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. (Fols. 03 a 21 archivo 10)

3.2. Porvenir S.A.: Se opuso a todas y cada una de las pretensiones anunciadas en la demanda argumentando que la vinculación de la demandante con la AFP fue producto de la voluntad de la accionante, y la decisión fue tomada de manera libre e informada, esto después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, razón por la cual el traslado es considerado válido; que no existieron vicios en el consentimiento, y tampoco se evidencia causa y objeto ilícito. Como excepciones de mérito denominó las de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica. (Fols. 02 a 22 archivo 08)

3.3 Colfondos S.A.: Presentó oposición argumentando que al momento de realizar el traslado de régimen pensional la AFP Colfondos S.A. sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen, en dicha asesoría se le informó acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad, entre otros aspectos; que la pretensión de nulidad e ineficacia carece de fundamento jurídico y de asidero fáctico, debido a que no se aportan elementos probatorios que permitan demostrar que la vinculación al RAIS fue efectuada bajo algún vicio del consentimiento. Como excepciones de fondo relató las de 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, compensación, y pago. (Fols. 02 a 20 archivo 17)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 23 de febrero de 2023, en la que el fallador de primera instancia declaró la ineficacia de la afiliación de la demandante a la AFP Colfondos realizada en 1994, y en consecuencia, declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por tanto, siempre permaneció en el RPMPD; condenó a la AFP Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por conceptos aportes, rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora; condenó a Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por conceptos de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora; ordenó a Colpensiones que una vez se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al RPMPD junto con sus correspondientes aportes; declaró no probadas

las excepciones propuestas por las demandadas; condenó en costas a Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

El a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia SL-1828, la SL-1689 y la SL-1452 todas del año 2019, en concordancia con el artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Por tanto, debe verificarse si la AFP demandada le brindó la información pertinente tales como las características, ventajas, objetivo de los regímenes, así como las consecuencias jurídicas del traslado al futuro afiliado.

En ese sentido, el fallador consideró que las AFPs no cumplieron con el deber de suministrar a la afiliada una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema del RPMPD, ni sus posibles consecuencias futuras. Menciona que la suscripción del formulario de inscripción a la AFP Colfondos S.A. y posteriormente a Porvenir S.A. no logran acreditar que en efecto se brindó la información exigida en estos casos.

En conclusión, el a quo consideró que tanto Colfondos S.A. como Porvenir S.A. incumplieron su deber de información y por consiguiente se declaró la ineficacia del acto jurídico de afiliación al RAIS, determinación que implica privar de todo efecto práctico el traslado y, en consecuencia, se ratifica la afiliación al RPMPD sin solución de continuidad. También indicó, que Colfondos S.A. y Porvenir S.A. están obligadas a devolver a Colpensiones el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual, los rendimientos, los bonos pensionales a los que haya lugar, los gastos de administración, las comisiones, los porcentajes destinados a conformar el fondo de garantía de pensión mínima y los valores utilizados, seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados. Declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1 Colpensiones: Interpone recurso de apelación bajo el sustento de que la carga probatoria no puede recaer únicamente en cabeza de las AFPs demandadas, debido a que la demandante tenía plena capacidad de saber y entender lo que estaba firmando, y tampoco se debe tener como la parte débil en el proceso por cuanto tiene la capacidad de ilustrarse e informarse de la mejor manera; que la declaración de la ineficacia y posterior reintegro en Colpensiones afectará la sostenibilidad financiera del régimen toda vez que ya cumple con los requisitos para pensionarse, por lo que entraría a beneficiarse de los derechos de los otros afiliados del RPMPD.

5.2 Porvenir S.A.: Interpone recurso de apelación de manera parcial, frente al numeral segundo de la sentencia con respecto a la indexación, argumentando que la sentencia SL9317 del 29 de julio del 2016, la Sala de Casación Laboral precisó que la indexación es solo la actualización de la moneda debido a la constante inflación económica, en estos términos es incompatible el ordenar la indexación toda vez que los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la afiliada no se han visto afectados por la inflación monetaria y por el contrario se han generado rendimientos muy superiores que el RPMPD.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Colpensiones: Solicita que sean denegadas todas las pretensiones de la demandante, por cuanto el traslado de régimen fue una decisión única y exclusiva de la afiliada, de manera libre y voluntaria; que en caso de una decisión adversa no sea condenada a costas.

6.2 Porvenir S.A.: Peticiona que se revoque la decisión de instancia, en la medida en que no se configura la ineficacia del traslado, además que se le suministró información sobre el derecho al retracto entre otros aspectos; que la demandante se encuentra en la prohibición legal del traslado; que en el evento de confirmar la ineficacia, no hay lugar a la devolución de conceptos como gastos de administraciones y seguro previsional, ni tampoco su indexación ya que es incompatible con la rentabilidad que genera la AFP sobre los aportes.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Apelación de sentencia, grado jurisdiccional de consulta y principio de consonancia. El recurso de apelación interpuesto por Colpensiones y la AFP 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 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.

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

3. 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 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que la señora Yasmina Esther Carrillo Cantillo cotizaba en el ISS, hoy Colpensiones, desde el 02 de

agosto de 1990 hasta el 12 de septiembre de 1994, según historia laboral (Fols. 111 proceso digitalizado, archivo 08); que el 27 de julio de 1994 firmó el formulario para realizar el cambio de régimen pensional con la AFP Colfondos S.A. (Fols. 96 proceso digitalizado, archivo 17); que el 25 de marzo del 2000 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., entidad en la que se encuentra afiliada actualmente (Fols. 114 a 127 proceso digitalizado, archivo 08).

5. 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 1994-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**

Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que la actora se trasladó a la AFP Colfondos S.A., esto es, el 27 de julio 1994, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

Por tanto, la AFP 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 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.

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.

6. 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.

7. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Colfondos S.A. en el año 1994, 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 a la potencial afiliada, 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 julio de 1994, 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.

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

9. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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-).

10. Consecuencias de la declaratoria de ineficacia -devolución a Colpensiones de las sumas descontadas por gastos de administración, comisiones y rendimientos. Frente al tópico encaminado a determinar si la AFP privada está obligada a devolver las sumas descontadas por gastos de administración y comisiones se debe indicar que en tratándose de afiliados, la CSJ ha adoctrinado, entre otras, en la sentencia SL 14911-2019 que los fondos privados de pensiones

deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, **junto con los rendimientos financieros.** Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga a las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad **a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades**, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJSL2877-2020, y SL2329-2021). 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".*
>
> *(…) Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal"*

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. (durante el tiempo de permanencia de la actora en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos es frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

En el sub examine, una vez revisada la decisión de instancia, la orden se hizo extensiva a ambas AFP del RAIS, y la misma congloba de manera expresa los conceptos atrás referidos, junto con la indexación, 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 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 este valor durante la afiliación.

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria a la demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

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

12. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. dado que no prosperó el recurso de alzada. 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,

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 febrero de 2023, por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, de conformidad con la parte motivada de este fallo.

SEGUNDO: CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. Las de primera se confirman.

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

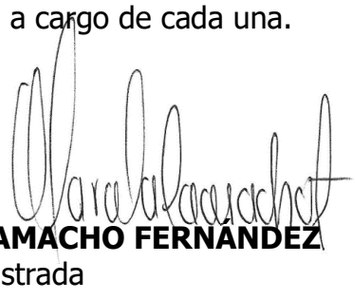
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor de la demandante y a cargo de Colpensiones y Porvenir S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000 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:	DANIEL ALBERTO MORENO GODOY
Demandados:	COLPENSIONES Y OTROS.
Radicación:	110013105-028-2021-00116-02
Tema:	INEFICACIA DE TRASLADO- ADICIONA.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

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

SENTENCIA

ANTECEDENTES RELEVANTES

1. Demanda. Daniel Alberto Moreno Godoy instauró demanda ordinaria contra Colpensiones, Porvenir S.A., y Old Mutual, hoy Skandia S.A., con el fin de que se declare la ineficacia de la afiliación y traslado del demandante al RAIS, ante la omisión de Porvenir S.A. del deber de información, y como consecuencia, se ordene el traslado y afiliación del demandante a Colpensiones como si nunca hubiese cambiado de régimen pensional; que se ordene a Skandia S.A. a realizar la devolución a Colpensiones de todos los dineros que recibió con motivo de la afiliación, tales como cotizaciones y bonos pensionales junto con todos los rendimientos que se hubieren causado tales como gastos de administración o cualquier otro; que se condene a Skandia S.A. en caso de haberse otorgado previamente pensión por parte del fondo de pensiones al momento de dictarse la sentencia a seguir pagando la misma al demandante hasta tanto sean trasladados los aportes a Colpensiones; lo ultra y extra petita, y las costas procesales.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones señaló que el demandante fue afiliado al ISS, hoy Colpensiones el 01 de abril de 1980; que el 15 de junio de 1995 se trasladó al RAIS con la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A.; que el promotor al momento de la afiliación solamente se limitó a llenar el formato sin entregarle información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría en el RAIS; que el accionante se trasladó a Skandia S.A.; que solicitó a Colpensiones, a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. la anulación del traslado, peticiones que fueron respondidas de manera negativa por las entidades. (Fols. 2 a 38 archivo No 01).

2. Notificación a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Fue notificada en debida forma (Expediente electrónico-PDF- 06); sin embargo, no se hizo presente, ni realizó ningún pronunciamiento en el presente proceso.

3. Contestación de la demanda.

3.1. Colpensiones. En la oportunidad procesal correspondiente se opuso a las pretensiones, argumentando que la solicitud de ineficacia se proyecta con el fin de tener beneficios económicos; que el traslado al RAIS se encuentra ajustado al artículo 13 de la ley 100 de 1993, toda vez que la parte actora prefirió trasladarse al RAIS, e igualmente allí cambió de AFP, lo cual significa que existe una ratificación táctica que trata el artículo

1754 de Código Civil, pues acepta las condiciones que hacen parte de este régimen; que el afiliado se encuentra en la prohibición de traslado contemplada en la ley 797 de 2003 que modificó la ley 100 de 1993. Como excepciones de mérito propuso las que denominó como inexistencia afectación por protección judicial SL373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/ afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento de la nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad, buena fe, y la innominada o genérica. (Fols. 2 a 16 archivo No 09).

3.2. Skandia S.A. La llamada a juicio contestó la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones bajo el argumento de que la afiliación se realizó siguiendo cada uno de los lineamientos del ordenamiento jurídico colombiano, proporcionando al demandante toda la información para que la decisión se hiciese de manera consciente. Como excepciones de fondo propuso las que denominó SKandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, el demandante se encuentra inhabilitado para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe, y la genérica. (Fols. 1 a 19 archivo No 08).

3.3 Porvenir S.A. La AFP respondió la demanda oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que el traslado de régimen pensional del accionante al RAIS fue completamente válido, el cual estuvo precedido por una asesoría clara, expresa, completa, veraz y oportuna, con toda la información pertinente y necesaria, razón por la cual sería improcedente declarar un error de hecho, cuando en realidad lo que se alega es un error de derecho frente a condiciones que están determinadas en la normatividad de público conocimiento; que el demandante no aporta prueba que permita indicar que su traslado de régimen pensional se dio bajo algún vicio del consentimiento que dé lugar a concluir que el traslado es nulo, por lo que, no es dable retrotraer la afiliación efectuada al RAIS. Como excepciones de fondo propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, y buena fe. (Fols. 2 a 33 archivo No 13)

3.4 Colfondos S.A. En la contestación presentó oposición frente a la prosperidad de las declaraciones y condenas en las que se involucra directamente a la AFP, argumentando que Colfondos S.A. sí brindó al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPMPD, las ventajas y desventajas, el derecho de rentabilidad que producen los aportes de dicho régimen. Como excepciones de fondo propuso las que denominó como inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, y la innominada o genérica. (Fols. 4 a 21 archivo No 17)

3.5 Protección S.A. La llamada a juicio se opuso a las pretensiones de la demanda argumentando que la afiliación del demandante al fondo de pensiones obligatorias administrado por Protección S.A., constituyó un acto jurídico plenamente válido, emanado de la voluntad del mismo y del cual nacieron obligaciones para ambas partes, el cual no puede ser desvirtuado por afirmaciones indeterminadas como las del afiliado, dado que fue por su propia iniciativa, en forma libre y voluntaria que decidió afiliarse a dicha

administradora de pensiones; que se encuentra actualmente inmerso en la prohibición legal que consagra la ley 797 de 2003 por estar a menos de 10 años de cumplir la edad límite de pensión, por lo que no puede regresar al RPMPD. Como excepciones de mérito interpuso las que denominó como inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, traslado de aportes, y la innominada o genérica. (Fols. 1 a 19 archivo No 18)

4. Fallo de Primera Instancia. Terminó la instancia con sentencia del 20 de abril de 2023, en la que la falladora de primera instancia declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el demandante al RAIS por medio de la AFP Porvenir S.A. y en consecuencia de ello, declaró como afiliación válida la del RPMPD administrado por Colpensiones; condenó a la AFP Skandia S.A. a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia contenidos en la cuenta de ahorro individual del demandante a Colpensiones; condenó a Colpensiones a activar la afiliación del actor en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepcione propuestas por las demandadas; condenó en costas a Colpensiones, Protección S.A, Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Skandia S.A.

La a quo fundamentó su decisión en el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la SL 5686 de 2021, precisando que debe analizarse si la AFP cumplió y probó en juicio el deber de brindar la correspondiente información al futuro afiliado al momento de la inscripción del formulario de cambio de régimen pensional.

En este sentido, consideró que no se podía hablar de una manifestación libre, voluntaria y espontánea cuando la persona desconoce las consecuencias que puede llegar a tener frente a sus derechos prestacionales al momento de realizar un cambio de régimen pensional. También argumentó que la simple firma del formulario de afiliación es insuficiente como requisito del deber de información en cabeza de la AFP.

En conclusión, estimó que las AFPs demandadas no lograron demostrar que se hubiese cumplido con el deber de información porque únicamente se demuestra que el demandante firmó el formulario, además que la parte actora no confesó dentro del interrogatorio tener el conocimiento suficiente para realizar una elección libre de vicios del consentimiento, por lo que, la consecuencia no es otra que declarar la ineficacia del traslado de régimen, con la devolución por parte de la AFP Skandia S.A. de los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales con todos sus frutos e intereses. Condenó en costas a las demandadas.

5. Impugnación y límites del ad quem.

5.1 Colpensiones. Interpone recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, argumentando que la declaratoria de ineficacia no sería procedente toda vez que el demandante hizo uso del derecho que tienen todos los colombianos que es la libre escogencia del régimen pensional; que es importante mencionar que el traslado se realizó cumpliendo a cabalidad los requisitos que se tenían para la data en ese momento, que es el diligenciamiento de formulario; que el hecho de que se trasladara de manera horizontal

varias veces entre AFP del RAIS demuestra su deseo de permanecer en dichos régimen; y que si bien se ordenó por parte de la jueza de primera instancia el retornar los dineros y los gastos de administración, dicho monto no satisface el desfalco económico que genera el reintegrar un afiliado que no se encuentra aportando al sistema de pensiones administrado por Colpensiones.

5.2. Skandia S.A. Interpone recurso de apelación de manera parcial en relación con la orden de devolver los gastos de administración a Colpensiones, debido a que estos no se encuentran contemplados de manera taxativa en la ley que se refiere a las consecuencias de la declaración de ineficacia de traslado de régimen; que estos gastos son utilizados por un lado, para realizar los pagos debidos a la aseguradora, y por otro, para el correcto manejo de los aportes del afiliado, por lo que Skandia S.A. no posee esos dineros; que si bien en el presente caso, y según la parte motiva de la sentencia de primera instancia, no opera la excepción de prescripción, considera la AFP que en cuanto a los gastos de administración si operan dado que son gastos que no financian la pensión de vejez.

6. Alegatos de conclusión.

6.1 Porvenir S.A.: Manifiesta que a pesar de que no interpuso recurso de apelación, debe proceder a revocarse la decisión de primer grado, dado que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del régimen pensional; que el traslado fue totalmente válido; que no es procedente el traslado de los gastos de administración y seguros previsionales, ya que los mismos cumplieron su finalidad y no se encuentran en poder de la AFP.

6.2 Demandante: Solicite que se confirme la decisión de primera instancia, dado que no se suministró la información integral que se exige conforme el criterio jurisprudencial de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

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

2. Problema jurídico. Corresponde a la Sala dilucidar el siguiente problema jurídico principal: ¿Es ineficaz el traslado del régimen de prima media con prestación definida al Régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por el accionante? Para lo cual se abordarán los siguientes problemas **jurídicos secundarios**: (i) ¿Los aportes o cotizaciones son requisito de validez del acto jurídico de afiliación? (ii) ¿Es suficiente para declarar la ineficacia de la afiliación que la AFP PRIVADA hubiera omitido su deber de información al momento en que el actor se trasladó de régimen?; (iii) ¿El traslado entre diferentes AFP del RAIS convalida la afiliación a dicho régimen?; (iv) ¿La AFP privada está obligada a devolver a Colpensiones sumas descontadas por gastos de administración, comisiones, seguros provisionales y rendimientos debidamente indexado?; (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?

3. 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 2208 del 26 de mayo de 2021.

4. Afiliación, cotización y traslado. Se encuentra demostrado que el señor DANIEL ALBERTO MORENO GODOY comenzó a cotizar al ISS, hoy Colpensiones desde el 01 de abril de 1980 con cotizaciones efectivas hasta el 30 de junio de 1995 según historia laboral de Colpensiones (Historia laboral, folio. 54 archivo No 01); que se trasladó al RAIS con la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A., firmando su traslado el 15 de junio de 1995 (folio. 63 archivo No 01); que el 28 de abril de 1998 se trasladó a Porvenir S.A. (folio. 61 archivo No 01); que el 29 de junio de 2001 se trasladó a Horizonte, hoy Porvenir S.A. (folio. 62 archivo No 01); que el 21 de septiembre de 2009 se trasladó a ING, hoy Protección S.A. (Folios. 55 archivo No 08); que el 18 de mayo de 2011 se trasladó a Colfondos S.A. (Folios. 55 archivo No 08); finalmente se trasladó a la AFP Skandia S.A. el 27 de febrero del 2018 (Folios. 34 archivo No 08), entidad donde se encuentra actualmente afiliado.

5. 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-, debe recodarse por la Sala que la CSJ en sentencia SL1452 de 2019 identificó distintas etapas sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras, que corresponde a los siguientes periodos:

Etapa acumulativa	**Normas que obligan a las administradoras de pensiones a dar información**	**Contenido mínimo y alcance del deber de información**
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los regímenes pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 016 de 2016	Junto con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

Así, para la data en que el actor se trasladó a la AFP Porvenir S.A., esto es, 15 de junio de 1995, el deber de información se enmarca en el primer periodo, fecha en la cual se exigía 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; entendiendo en esa primera etapa como información suficiente *"la obligación de dar a conocer al usuario, de la manera más amplia posible, todo lo relacionado sobre el producto o servicio que adquiere."* (SL1452 de 2019)

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

Por tanto, la AFP 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.

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

6. Traslado entre las diferentes AFP del RAIS no sanea la ineficacia generada por la falta de información. En este punto, cabe resaltar lo adoctrinado por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, entre otras sentencias, la de radicado No. 31989 del 9 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 Porvenir S.A. en el año 1995, además de que ni siquiera en el traslado al interior del mismo RAIS se evidencia soporte documental acreditativo de haberse suministrado información clara, completa y comprensible a la potencial afiliada, 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 15 de junio 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.

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

8. Aceptación de aportes y activación de la afiliación. 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 codemandada los aportes efectuados por aquella a ésta a fin de que reposen en la historia laboral de la entidad, 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 que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original. (Criterio expuesto por la CSJ en sentencia SL 4911-2019 –sentencia de instancia-).

9. 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 y SL 1637-2022).

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 SL2877-2020, concluyó:

> *"la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin*

importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional".

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

Conforme a ello, es claro que procede la devolución de todos los aportes, cotizaciones, y rendimientos financieros de la cuenta de ahorro individual, en la que se incluyen gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora por parte de Colfondos S.A., Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. (durante el tiempo de permanencia del actor en cada AFP), con destino a COLPENSIONES, debidamente indexado (SL3321 del 26 de junio del 2021 y SL1637 del 11 de mayo de 2022), sin que exista incompatibilidad entre los rendimientos y la actualización, dado que los rendimientos son frente a los aportes, mientras que la indexación es sobre los conceptos que se ordena trasladar, esto es, gastos de administración, descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima y comisiones o sumas adicionales de la aseguradora.

Ahora, como en la sentencia de primer grado no congloba de manera expresa la devolución de los descuentos para el fondo de garantía de pensión mínima, así como la indexación, y de igual manera tampoco se incluye dentro de la condena a las AFP Porvenir S.A., Colfondos S.A. y Protección S.A., habrá de adicionarse la sentencia en ese sentido.

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

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

Tampoco pueden pretender que se den restituciones mutuas, pues si bien existen reglas en el ordenamiento civil tendientes a este fin y la Ley 100 de 1993 faculta a los fondos privados para descontar algunos valores durante la afiliación, lo cierto también es que, en el específico caso de la declaratoria de ineficacia, se eliminan todos los efectos del acto contrario a derecho, imponiendo la devolución de todo lo recibido con ocasión del negocio jurídico que transgredió las prescripciones legales como si el negocio nunca se hubiere celebrado, por consiguiente, resulta desacertado lo afirmado por la censura, cuando busca que se invalide la condena de dichos conceptos (Sentencia SL1637 de 2002).

Aunado a que en estos procesos de ineficacia de traslado no se estudia si la gestión del fondo demandado fue buena o no y por tanto se generaron unos rendimientos, pues lo que se debe revisar es si la AFP privada brindó información necesaria al demandante al momento en que se efectúo el traslado al ISS, ya que la devolución de los conceptos ordenados es la consecuencia ante el incumplimiento del deber legal de brindar la asesoría pertinente a sus futuros afiliados.

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 este valor durante la afiliación.

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

11. Costas en esta instancia. En segunda instancia se impondrán costas a cargo de Colpensiones y AFP Skandia S.A. y a favor del demandante, por no haber prosperado los recursos de apelación impetrados. 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,

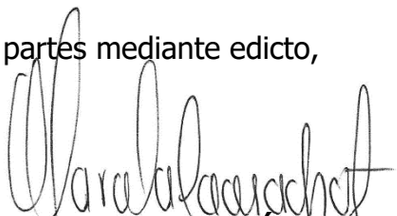
RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR al numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida el 20 de abril del 2023, por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, la **ORDEN** a la AFP PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. (durante el tiempo de afiliación en cada AFP) para que traslade a COLPENSIONES si aún no lo han efectuado, además de los conceptos ordenados en el referido numeral, los **descuentos para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, los cuales deberá asumir de sus propias utilidades, debidamente indexados,** 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 objeto de apelación y consulta.

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

La presente providencia se notifica a las partes mediante edicto,



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

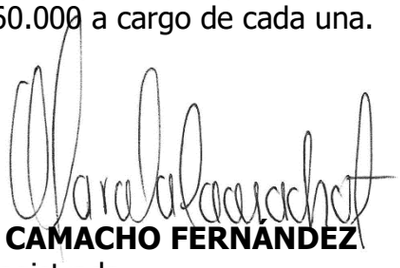
ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrado

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado

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

AUTO PONENTE

COSTAS en esta instancia fijándose como agencias en derecho en favor del demandante y a cargo de cada una de las demandadas Colpensiones y Skandia S.A. el equivalente a un (1) SMMLV, esto es, la suma de $1.160.000 a cargo de cada una.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada