LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUZ ALEIDA MONSALVE VARELAS contra NÉSTOR MAURICIO PARRA BELTRÁN.

Expediente n° 11001 3105 009 2017 00497 01

SENTENCIA

Resuelve esta Sala el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante contra la sentencia proferida por el juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C. el 7 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó declarar que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, en virtud del cual debía realizar su labor en un horario de diez de la mañana a once de la noche de domingo a domingo, por lo cual pretende el pago de las horas extras diurnas y nocturnas laboradas, así como las sumas que con base en ello surjan respecto de las cesantías, intereses de cesantías y vacaciones, igualmente reclamó el pago de la indemnización moratoria.

Como fundamentos fácticos manifestó que entre el 4 de febrero de 2016 y el 14 de agosto de 2016, estuvo vinculada laboralmente con el demandado en un establecimiento de comercio de su propiedad en el que debía realizar las labores de atender mesas y preparar ensaladas de frutas, actividades que

debía realizar en un horario de diez de la mañana a once de la noche, con descanso de un día a la semana; dice que como remuneración le fue pagado un salario mensual de $689.454 más auxilio de transporte por $77.700. Informa que al recibir la liquidación final de prestaciones pudo establecer que no correspondía con el salario promedio devengado y al no llegar a un acuerdo elevó un derecho de petición a quien fue su empleador para solicitar ese pago en forma correcta, sin que se accediera a lo pretendido.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado en su escrito de contestación que obra a folios 65 a 68, aceptó la existencia del vínculo laboral con la demandante y manifestó que no se le adeuda suma alguna por concepto de horas extras, ni ningún tipo de remuneración adicional, en razón a que ella laboró 48 horas semanales, sin que nunca hubiera sido autorizada para laborar en horas extras; así mismo dijo que las prestaciones y demás haberes laborales fueron reconocidos y pagados en tiempo. Propuso como excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y pago.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 7 de octubre de 2020, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, *Resolvió:*

"PRIMERO: DECLARAR que entre LUZ ALEIDA MONSALVE VARELAS y NÉSTOR MAURICIO PARRA BELTRÁN propietario del establecimiento de comercio FRUTI PARRILLA Y SASÓN, existió un contrato de trabajo en el periodo comprendido del 4 de febrero al 14 de agosto de 2016, por lo considerado.
SEGUNDO: CONDENAR a NÉSTOR MAURICIO PARRA BELTRÁN a pagar el cálculo actuarial de los aportes en pensión en la AFP de preferencia de la demandante LUZ ALEIDA MONSALVE VARELAS o a la que ésta se encuentre afiliada, del periodo comprendido entre el 4 de febrero al 14 de agosto de 2016, teniendo en cuenta como salario base de cotización el mínimo legal vigente para esa anualidad. Para el efecto el demandado deberá presentar la respectiva solicitud al Fondo de Pensiones, una vez ejecutoriada la presente decisión y cancelar la suma que establezca por dicho Ente dentro del plazo máximo

determinado por el mismo, según lo expuesto en las consideraciones de esta decisión.
TERCERO: ABSOLVER a NÉSTOR MAURICIO PARRA BELTRÁN de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUZ ALEIDA MONSALVE VARELAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.
CUARTO: DECLARAR probada la excepción denominada INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y PAGO respecto del trabajo suplementario, la reliquidación de acreencias laborales y la indemnización moratoria por lo considerado.
QUINTO: COSTAS a cargo de la parte demandada. Fíjense como agencias en derecho la suma de $500.000, de acuerdo con lo expuesto en el Acuerdo PSAA16-10554 del C.S. de la J."

Como fundamento de su decisión, consideró el juez ad-quo, que al ser aceptada la existencia del contrato de trabajo entre las partes por el tiempo señalado en la demanda y no haberse acreditado el pago de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones era procedente proferir esa condena en razón a la naturaleza de ese derecho y absolvió de lo pretendido en la demanda respecto de las horas extras y las reliquidaciones reclamadas al no encontrar acreditado con ningún medio de prueba el tiempo suplementario que se adujo como laborado por la demandante.

IV. RECURSO DE APELACION

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación el cual sustentó así:

"Nosotros habíamos presentado un derecho de petición sobre el cobro de las horas extras, por lo tanto, no sé si se tuvo en cuenta, era esa una de las formas con que se intentó demostrar en anexo de la demanda que se le hizo el requerimiento al demandado por lo cual se enfocó la demanda en las horas extras. Si bien es cierto que en el interrogatorio de parte que absolvió el señor Néstor Mauricio Parra no se dio claridad sobre este tema, se presento como prueba ese derecho de petición que se le envió al señor. Ante esa situación apelo por no estar de acuerdo con la parte de las horas extras y solicito a la señora Juez se me conceda la apelación para que se entre a analizar la prueba documental presentada con la demanda y enfocado un poco más de fondo con el derecho de petición que se le elevó a este señor solicitando el pago de las horas extras con claridad."

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia-, la Sala estudiará la inconformidad expresada por el apoderado de la demandante en su recurso, frente a si se demostró o no el trabajo de

horas extras que invoco la actora y que reclama como no reconocido por el demandado; así mismo se determinará si hay lugar a las reliquidaciones pretendidas y la indemnización moratoria.

No fue objeto de controversia entre las partes la existencia del vínculo laboral que las unió, por lo cual se pronuncia esta Sala frente a la inconformidad expresada en el recurso de apelación en cuanto a la absolución que dispuso el Juzgado sobre las horas extras reclamadas, así como las consecuentes reliquidaciones e indemnizaciones pretendidas.

En cuanto hace a la reclamación por trabajo en horas extras, corresponde a la parte que las solicita la obligación no solo de señalarlas en la demanda, sino de probarlas en el juicio, de conformidad con lo que al respecto prevén las normas laborales.

En efecto, la prueba de las horas extras debe ser precisa y clara, según jurisprudencia reiterada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al determinar que la demostración del trabajo suplementario debe ser probado por quien lo invoca, ya que no es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones para deducir un número probable de horas extras trabajadas.

Revisado el expediente, encuentra la Sala que el apoderado de la demandante ni siquiera relacionó en su demanda el número de horas extras, cuyo pago dice no haber efectuado la parte demandada, pues sólo determinó unos montos sobre los que pretende su pago y si bien se allegó con la demanda el derecho de petición que se menciona en el recurso de apelación, el cual fue dirigido al empleador indicando las horas extras que se aducen como laboradas (fl. 5-7), por ser un documento elaborado por la propia parte que reclama, no tiene el alcance probatorio requerido para acreditar el trabajo suplementario.

Así las cosas, resulta evidente que no se cumplió por la parte actora con la carga de prueba que debió asumir para acreditar los supuestos facticos de su pretensión, toda vez que la documental referida no puede ser tenida como prueba para acrediatar las horas extras, por lo ya indicado.

Bajo las anteriores premisas se confirmara la sentencia impugnada, al no haberse acreditado las horas extras reclamadas y por sustracción de materia las pretensiones de reajuste e indemnizatorias.

SIN COSTAS en el recurso.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá el 7 de octubre de 2020, conforme se expuso en las motivaciones.

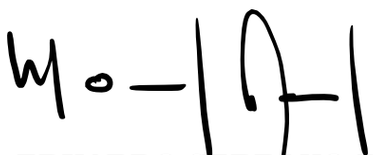
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ANDREA PATRICIA FAJARDO TAMAYO contra **GRAN PANDA S.A.S.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 009 2018 00456 -01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2020.

Se advierte que las apoderadas de las partes presentaron escritos de alegaciones; por la demandante se solicitó revocar la sentencia al manifestar que el denominado auxilio de movilización correspondió a unas sumas que se le entregaban a la demandante por nómina para que ingresara a sus recursos y dispusiera de ellos para satisfacer sus necesidades personales, sin que para su otorgamiento le fuera requerida alguna condición para su pago; sostuvo que la demandada no demostró que la suma periódica pagada a la trabajadora estaba destinada a gastos de movilización o transporte al confesar su representante legal que era para desplazarse de su domicilio a su lugar de trabajo.

A su vez la apoderada de la sociedad demandada solicitó confirmar la sentencia de primera instancia y manifestó que la actora nunca informó a la empresa su estado de embarazo y en relación con el auxilio de movilización reiteró lo dicho en la contestación frente a la existencia una cláusula de exclusión salarial suscrita entre las partes.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó condenar a la sociedad enjuiciada al pago de cesantías, intereses de cesantías, vacaciones, primas de servicios, así como la reliquidación de los conceptos pagados, incluida la indemnización por despido, tomando como factor salarial la suma de $2'800.000 otorgados por concepto de auxilio extralegal de movilización, así como las comisiones generadas; igualmente pretendió la reliquidación de los aportes a seguridad social en pensiones, el pago de la indemnización por despido en estado de embarazo, la licencia de maternidad y la indemnización moratoria.

Como fundamentos fácticos de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculada laboralmente con la sociedad demandada durante el lapso comprendido entre el 5 de septiembre de 2017 y el 16 de marzo de 2018, durante el cual se desempeñó como "*New Business Representative*" –Asesor de Ventas-; manifestó que como remuneración percibió un salario básico de $4'200.000 mensuales e igualmente unos pagos habituales por auxilio de movilización por la suma de $2'800.000 mensuales, el cual dice que correspondió a retribución del servicio porque sus funciones siempre las realizó en el domicilio de la demandada; igualmente sostuvo que devengo la suma de $500.000 por comisiones que era pagada de manera trimestral. Manifiesta que el 15 de marzo de 2018 informó de manera verbal y mediante correo electrónico a la Jefe de Recursos Humanos sobre su estado de embarazo y fue despedida el 18 de marzo de 2018, fecha en la que al recibir la liquidación final de prestaciones reiteró su manifestación de estar embarazada; narró que debió acudir al mecanismo constitucional de la acción de tutela en la que se ordenó el pago de los aportes a seguridad social durante todo el periodo de gestación al haberse negado el reintegro con

fundamento en que la Empresa informó que el cargo que desempeñaba ya no existía, lo cual dice que no fue cierto.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada al dar contestación (fls. 114-134) aceptó la existencia del vínculo laboral entre las partes, con la precisión de haberse iniciado el 18 de septiembre de 2017 y con vigencia hasta el 16 de marzo de 201; sostuvo que durante la vinculación le fue reconocido el pago de un auxilio extralegal de movilización no constitutivo de salario, de acuerdo con lo expresamente acordado en el anexo 1 del contrato de trabajo, informó que el pago de comisiones se hizo como un garantizado en los 2 primeros meses del contrato; afirmó que la trabajadora comunicó su estado de embarazo solo hasta la fecha en que le fue entregada la liquidación definitiva de prestaciones. Con esos fundamentos se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de improcedencia de la aplicación del fuero de maternidad, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante sentencia proferida el 30 de septiembre de 2020, el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, *Resolvió:*

"PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante, señora ANDREA PATRICIA FAJARDO TAMAYO y GRAN PANDA S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 18 de septiembre de 2017 y finalizó el 16 de marzo de 2018, por lo considerado.
SEGUNDO: ABSOLVER a GRAN PANDA S.A.S. de todas las pretensiones incoadas en su contra por la demandante ANDREA PATRICIA FAJARDO TAMAYO, de acuerdo con las razones expuestas.
TERCERO: DECLARAR probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido e improcedencia de la aplicación del fuero de maternidad.
CUARTO: COSTA. Lo serán a cargo de la parte demandante. Tásense por Secretaría, Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a $500.000 de conformidad con el Acuerdo PSAA 16-10554 de la Presidencia del Consejo Superior de la Judicatura.

QUINTO: En caso de no ser apelada la sentencia remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante, de conformidad con el artículo 69 CPTSS."

Como sustento de su decisión señaló la Juez que al manifestar el Representante Legal de la demandada cuando absolvió interrogatorio que la destinación del auxilio de movilización otorgado a la trabajadora no tuvo la destinación salarial pretendida al haberse pagado para cubrir sus gastos de transporte del lugar de residencia a la sede de la Empresa, sin que la actora hubiera demostrado nada diferente por lo cual procedía la absolución de las pretendidas reliquidaciones con fundamento en un salario superior; negó la aplicación de las normas relativas al fuero de maternidad con el argumento de no haberse probado que a la sociedad empleadora se le comunicó lo referente al estado de embarazo.

IV. RECURSO DE APELACION

La apoderada de la demandante solicitó revocar la sentencia al manifestar:

"Sea lo primero indicar que respecto del auxilio de movilización yerra la señora Juez en su interpretación, toda vez que fue claro en el proceso que por lo dicho en el interrogatorio de parte absuelto por el representante legal de la demandada y los testigos de la parte demandada que ese auxilio de movilización supuestamente tenía como destinación el que la trabajadora se desplazara de su lugar de domicilio al lugar donde ella efectuaba sus funciones, a diferencia de lo que manifiesta la señora Juez, es un hecho ineludible que la trabajadora deba desplazarse de su lugar de domicilio al de trabajo, pero este simple hecho no puede dar por demostrado que efectivamente esa era la destinación especifica para la cual se dio el auxilio, pues la parte demandada no demostró que fuera realmente esa la destinación específica", solicitó tener en cuenta la jurisprudencia reiterada que existe al respecto al disponer que la destinación específica de ese tipo de pagos debe ser demostrada por la parte demandada empleadora y afirmó que en este caso no se demostró por dicha parte la destinación de ese pago, "*por ello no se puede entender que ese auxilio no hacía parte del salario, cuando dicho rubro era de $2'800.000 que resulta excesivo para ser destinado solo a los gastos de transporte del lugar de domicilio de la trabajadora al sitio de trabajo, pues esa suma de dinero no se gasta al mes en transporte ni siquiera contratando Uber, es una suma excesiva para el fin que se le quiso otorgar por la demandada, por lo cual no resulta creíble, ni demostrado lo dicho por la demandada sino lo que verdaderamente ocurrió es que se quiso disfrazar el destino real de esos pagos que correspondieron a salario. Frente a la situación del estado de embarazo de la demandante, la testigo de manera*

clara manifestó que le informó a la empresa que estaba en embarazo, así mismo llamó a la Doctora Camila de recursos Humanos y e manifestó que había sido incapacitada por esa situación de su embarazo, igualmente la testigo informó que el 16 de septiembre había recibido un correo electrónico en ese sentido cuando se le informó a la demandante sobre la terminación del contrato de trabajo, lo cual merece total credibilidad." Dijo no presentar recurso frente a lo decidido por el Juzgado en cuanto a las comisiones, ni sobre los extremos temporales del contrato por haberse incurrido en un lapsus en la demanda. Reiteró que la demandada tenía pleno conocimiento del estado de embarazo de la trabajadora con antelación a la terminación del contrato y solicitó acceder a las pretensiones de la demanda.

V. CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66 A del CPT Y SS. –principio de congruencia-, la Sala estudiará si le asiste la razón a la parte demandante en su recurso, en cuanto a que los conceptos devengados por la trabajadora por auxilio de movilización constituyen salario y en ese sentido se deben proferir las condenas deprecadas, así como las relacionadas con el despido en estado de embarazo al argumentar que fue un hecho conocido por la parte demandada con antelación a la terminación del vínculo laboral.

En el presente asunto, no existe controversia frente a la existencia del vínculo laboral entre las partes y sus extremos, toda vez que el mismo fue aceptado por la sociedad enjuiciada desde la contestación de la demanda y su vigencia quedó plenamente acreditada en el juicio sin que exista discrepancia al respecto.

En lo que hace a la connotación salarial pretendida en la demanda respecto de los pagos efectuados por la sociedad empleadora bajo el concepto de auxilios de movilización, se remite la Sala a lo dispuesto por el artículo 127 del Código sustantivo del Trabajo, norma que establece como constitutiva de salario no solo la remuneración ordinaria, sino la fija o variable que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentaje sobre ventas y comisiones; tales factores por

corresponder a la noción legal del salario no pueden ser desconocidos en su vocación salarial, porque al corresponder a una retribución directa del servicio y por pertenecer a la estructura fundamental del salario, la ley les asigna de modo insustituible tal condición.

Ahora bien, existen pagos que por ser ocasionales o por ser efectuados por mera liberalidad del empleador o por no corresponder a remuneración directa del servicio, no tienen la condición de constituir salario, pues no están destinados a enriquecer el patrimonio del trabajador, sino a permitirle el cumplimiento de las labores para las que se encuentra contratado, tal y como lo establece el artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo.

A su vez el artículo 132 de la norma sustantiva, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990, permite al trabajador y al empleador convenir libremente el salario en sus diversas modalidades, siempre que se respete el mínimo legal o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales, ello significa que si dentro de un contrato de trabajo se llega a pactar cualquier modalidad que en la práctica afecte los principios obligatorios de la remuneración del servicio, ésta carecería de eficacia.

No obstante, si es lícito dentro de esa libertad de estipulación a que alude el citado artículo que empleador y trabajador determinen el pago de sumas que no constituyan base para liquidar acreencias laborales, ya que es la misma ley la que posibilita que en la vinculación laboral se establezca expresamente que pagos efectuados en forma habitual o transitoria, que sean acordados contractual o convencionalmente o pagados en forma extralegal por el empleador, no constituyan salario.

La Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado al respecto mediante sentencias en las que moduló la metodología para establecer si un pago o remuneración corresponde a factor salarial, entre otras, sentencia 32567 del 27 de mayo de 2009, que en lo pertinente señaló:

(…)*"Sea lo primero observar que el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 introdujo el calificativo de directa aplicado a la remuneración, como determinante en la definición de los pagos que constituyen salario, que no traía la prístina redacción del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo". "Pues bien. Remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, la que encuentra venero en el trabajo realizado por el empleado".*
"De tal suerte que la labor ejecutada por el trabajador es la que origina derechamente, sin rodeos, la contraprestación económica de parte del empleador".

"Para expresarlo con otro giro: la retribución directa del servicio es la que tiene su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica, ya en dinero ora en especie".
A no dudarlo, el carácter de retribución directa pasa a ocupar un sitial elevado a la hora de definir la naturaleza salarial de un determinado pago o beneficio, en dinero o en especie, que recibe el trabajador.
Ese carácter de retribución directa que se erige en nota distintiva del salario, en cuanto traduce la remuneración próxima o inmediata, por oposición a la lejana o mediata, que recibe el trabajador por el servicio prestado, es una consecuencia natural y lógica de los rasgos de bilateralidad y onerosidad, que acompañan al contrato de trabajo o a la relación legal y reglamentaria, en cuya virtud éstas generan naturalmente obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes, y en ellos está presente, por lo general, el ánimo especulativo o lucrativo de ambas partes.
Se sigue de lo dicho que pagos, reconocimientos, beneficios o ventajas que tengan un propósito distinto al de retribuir, directa, inmediata o derechamente, la actividad, tarea o labor del trabajador, no constituyen salario, así se reciban por causa o con ocasión de la relación subordinada de trabajo.
A propósito de la preponderancia del criterio de retribución directa del servicio en la determinación certera de lo que es salario, esta Sala de la Corte, en sentencia del 12 de febrero de 1993 (Rad. 5.481), adoctrinó:
"El pago del salario, desde el punto de vista jurídico, es la principal obligación de quien se beneficia del trabajo subordinado ajeno, como que constituye ordinariamente la contraprestación primordial y más importante de la actividad desplegada por el trabajador. El salario aparece, así como la remuneración más inmediata o directa que el trabajador recibe por la transmisión de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador, por lo cual se considera uno de los elementos esenciales de toda relación de trabajo, sin que importe la forma jurídica –contrato de trabajo o relación legal o reglamentaria- que regule la prestación personal de servicios".

Así mismo, si bien es cierto que el artículo 128 establece las excepciones para aquella premisa, al señalar que no constituye salario aquellos beneficios o auxilios habituales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el empleador, considera la Sala que en aras de realizar una hermenéutica acorde con los principios del derecho laboral y constitucional, no debe limitarse únicamente a la verificación restrictiva de un silogismo consistente en apreciar el clausulado del contrato de trabajo y el contenido esta última normatividad, sin detenerse a establecer lo realmente ocurrido en el desarrollo de la relación laboral, en la medida que la actividad judicial en materia laboral está llamada a desentrañar las circunstancias de facto propias de cada una de las relaciones contractuales, en aras de encontrar la verdad real de los hechos, facultad que le fuera concedida desde la misma génesis del derecho laboral, ya que no se puede pasar por alto el eufemismo que señala, que en el derecho laboral se regula una relación entre desiguales.

Se debe indicar la importancia que tiene el derecho laboral en la regularización de la convivencia social del país, y por ello, resulta relevante tener en cuenta la primacía que tiene la realidad sobre las meras formalidades. En este sentido, es preciso insistir que toda remuneración que reciba el trabajador por la directa contraprestación de sus servicios que, por demás, van a incrementar su patrimonio personal, debe ser considerada como factor salarial, pues precisamente reconoce su actividad personal en el cumplimiento de sus funciones.

A contrario sensu, es el empleador quien tiene la carga probatoria de acreditar en el juicio que los dineros reconocidos al trabajador y a los que no le otorgó la condición de salario, no lo son para su beneficio, ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones.

En este caso, encuentra la Sala a partir de las pruebas recaudadas, correspondientes a los comprobantes de pago de nómina (fls. 75 a 81) que a la demandante durante la vigencia del contrato de trabajo se le entregaba de manera habitual la suma mensual de $2’800.000 bajo la denominación de auxilio de movilización; igualmente se incorporó al plenario fotocopia del

contrato de trabajo y su anexo (fls. 62 a 74) en el que estipuló el carácter no salarial del referido concepto.

En punto de lo anterior y no obstante la existencia de la referida cláusula de exclusión salarial, como ya se indicó le correspondía a la parte demandada probar en juicio que tales montos no se otorgaron a la trabajadora para retribuirle sus servicios, ni para incrementar su patrimonio al haber sido destinadas de manera concreta y exclusiva a gastos de transporte; pero en este caso además de acreditarse en los comprobantes de pago de nómina la periodicidad de esas sumas reconocidas por el ya referido "*auxilio*", no demostró la parte empleadora que tal concepto hubiera tenido una destinación específica para permitirle a la trabajadora su desplazamiento de su lugar de residencia a la sede de trabajo, como se adujo tanto en la contestación de la demanda como en el interrogatorio de parte que absolvió su representante legal, pues lo contrario es lo que emerge de las pruebas al acreditarse que la actora no tenía que desplazarse de su lugar habitual de trabajo a otra ciudad o a lugares diferentes para realizar su labor y así justificar un pago habitual por desplazamientos que no tuvieron lugar, pues como lo afirma la recurrente la trabajadora solo se desplazaba de su lugar de domicilio al de trabajo, se reitera sin que se acreditara por la demandada la existencia de viajes realizados por ella que ameritaran un pago adicional para su desplazamiento en la importante suma de $2'800.000 mensuales, que para el propósito aducido resulta excesiva, como con razón lo afirma la apoderada de la actora, lo cual no permite justificar el carácter no retributivo del servicio que se le pretendió dar a ese pago, pues es evidente que esos pagos se hicieron bajo la misma naturaleza que los efectuados como retribución del servicio; por consiguiente y ante la omisión ya indicada no podía menos el fallador de primera instancia que asignarle la condición que la ley otorga a los pagos que de manera habitual y ordinaria se le hacen al trabajador para remunerar los servicios que le presta a su empleador; sin que sea posible como lo señaló la Juez en su sentencia suponer que la totalidad de esa alta suma solo estaba destinada a cubrir el desplazamiento de la trabajadora de su domicilio a la sede de la empresa, pues tal conclusión resulta ajena a la real situación que en este caso se presentó, en el que la parte demandada en momento alguno

demostró en el juicio que esos pagos no cubrieron gastos personales de la trabajadora y que en esa medida no constituyeron su salario, cuando se reitera que no se adecuó plena prueba en el expediente que acreditara ese requisito probatorio.

Es de señalar que como entre las partes y con fundamento en lo dispuesto por el artículo 128 del C.S.T., se pactó en la cláusula ya reseñada en esta sentencia que los referidos pagos no serían constitutivos de salario, es evidente que para destruir la literalidad de lo pactado era necesario que la parte demandada demostrara, lo ya indicado en cuanto a qué aspectos cubrían esos pagos, pues se reitera, no diferenció con la demostración que se requiere que esos pagos hubieran estado destinados a gastos para ejercer de manera adecuada su labor, sin que las solas afirmaciones al respecto efectuadas por el Representante Legal de la demandada, que solo repiten lo dicho en la contestación de la demanda, con un argumento fútil de estar destinados esos dineros al desplazamiento de la trabajadora de su casa a la empresa, resulten suficientes para concluir que esas sumas recibidas por la demandante no correspondieron a salario, sin tener en cuenta aspectos tan fundamentales como la forma genérica en que se produjo ese pacto de exclusión al no determinarse en el contrato la especifica destinación de esos pagos para cubrir viajes o desplazamientos por fuera de la sede de la empresa, que ameritaran el reconocimiento de tan alta suma de dinero.

Es claro que la cláusula de exclusión salarial no tiene la virtualidad, por si sola de negarle la naturaleza de salario a unos conceptos que si lo tienen, como ocurre en este caso en el que se estableció en el litigio que tales pagos estuvieron destinados a retribuir el servicio de la trabajadora, pues se reitera que la parte demandada no demostró que estaban destinados a facilitarle la labor o para el desempeño cabal de sus funciones, pues nada de eso se demostró, razones por las cuales será revocada la sentencia recurrida.

En consecuencia, al quedar acreditado que la suma de $2’800.000 reconocida de manera habitual por la empresa demandada a la trabajadora si correspondió a un factor salarial que como tal debe ser tenido en cuenta

para todos los efectos prestacionales e indemnizatorios pretendidos, se debe entonces declarar que el salario mensual de la demandante correspondió a un básico de $4'200.000, como quedó establecido con la referida prueba documental contenida en los comprobantes de nómina, que sumada al auxilio de movilización arroja un monto de $7'000.000 como salario devengado por la actora por lo cual sobre esa cantidad se establecerá la reliquidación de los conceptos laborales reclamados en las pretensiones, teniendo en cuenta igualmente la liquidación efectuada por la empleadora demandada (fl. 23).

Acorde con lo anterior y efectuadas las respectivas operaciones aritméticas se obtienen los valores que a continuación se indican:

CONCEPTO	**MONTO RECONOCIDO**	**MONTO CAUSADO CON SALARIO REAL**	**DIFERENCIAS**
CESANTÍAS	$886.667	$3'480.556	**$2'593.889**
INTERESES CESANTÍA	$ 22.462	$ 88.058	**$ 65.596**
PRIMA DE SERVICIOS	$886.667	$3'480.556	**$2'593.889**
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO	$4'367.598	$6'988.157	**$2'620.559**

Por las sumas indicadas proceden las condenas respecto de las diferencias generadas en dichos pagos.

En cuanto a los aportes al Sistema de Seguridad Social, es evidente que la obligación del empleador es efectuar las consignaciones de acuerdo con el salario realmente devengado por el trabajador, en ese sentido los artículos 20 y 22 de la Ley 100 de 1993, determinan lo pertinente a la forma en que tales pagos se deben verificar; en ese sentido y como se estableció en esta sentencia el salario devengado por la trabajadora en cuantía de $7'000.000 y la empleadora demandada hizo los aportes sobre un monto salarial de $4'200.000, procede la condena por la diferencia generada en cada mes, esto es $2'800.000 por el tiempo comprendido entre el 18 de septiembre de 2017 y el 16 de marzo de 2018; ahora bien, por cuanto estamos frente a una situación de incumplimiento de los términos legales exigidos para tales pagos, por consiguiente corresponderá a las entidades de seguridad social

a las que se encuentre vinculada la demandante fijar los lineamientos para que la parte demandada efectúe los referidos aportes.

Definido lo anterior, procede la Sala a establecer la procedencia de las condenas pretendidas por concepto de indemnización por despido en estado de embarazo y pago de licencia de maternidad.

La demandante señala que el 15 de marzo 2018, informó de su estado de embarazo a la señora María Camila Romero, Jefe de Recursos Humanos y no obstante el 16 de marzo de 2018 cuando asistió a una reunión de capacitación organizada por la empresa demandada, antes de su inicio la Gerente María Silva le manifestó que debía dirigirse a las instalaciones de la Compañía, al llegar a la sede fue contactada por la referida encargada de Recursos Humanos quien le solicitó la renuncia, a lo cual no accedió y le reiteró que estaba embarazada, pero ese mismo día a las seis de la tarde, mediante un correo electrónico, le informaron que había sido despedida y el 18 de marzo de 2018 le fue entregada la respectiva comunicación del despido, oportunidad en la que nuevamente manifestó su estado de gravidez; así mismo señala que por ello solicitó le fuera practicado examen médico de egreso para constatar dicho estado. Informa que por tal situación promovió acción de tutela en la que se amparó solo el derecho a que la demandada continuara efectuando los aportes a seguridad social en salud durante el periodo de gestación al ser negado el reintegro porque la Empresa informó que el cargo que desempeñaba ya no existía para ese momento, lo cual dice la actora que no era cierto.

Resulta claro que el problema jurídico relacionado anteriormente corresponde establecer si la trabajadora enteró a la empleadora demandada de su estado de embarazo, a fin de obtener el pago de los conceptos que consagra el Código Sustantivo del Trabajo.

De acuerdo al artículo 239 del C.S.T. está prohibido despedir a una trabajadora por motivo de embarazo o lactancia, de igual manera en el numeral 2° de la citada norma se establece una presunción, según la cual

cuando el despido ha tenido lugar dentro del periodo de embarazo y se ha realizado sin la autorización de autoridad competente, se presume que el mismo fue por causa del embarazo. Así las cosas, el empleador debe desvirtuar dicha presunción, pues la carga de la prueba queda en cabeza de este último.

En el presente juicio no se probó que el despido de la actora fuera por razones ajenas a su embarazo, al quedar demostrado el reconocimiento a la trabajadora de la indemnización por despido, lo cual evidencia que no hubo justa causa para ello, además se acreditó con la prueba testimonial recaudada, que el miércoles 14 de marzo de 2018 la actora tuvo una incapacidad médica y en la consulta de ese día le fue informado su estado de embarazo, por lo cual se comunicó telefónicamente con la Jefe de Recursos Humanos para informarle tanto de la incapacidad como de su gravidez; así mismo se demostró que en la reunión de capacitación que tuvo lugar el 18 de marzo de 2018, la demandante le expresó a María Paula Silva Silva, su jefe inmediata sobre el referido hecho de su embarazo y ésta le indicó que debía retirarse de la reunión para desplazarse a la Empresa y ese mismo día, de manera irregular y mediante correo electrónico remitido a las 5 de la tarde y 52 minutos la referida Jefe inmediata le indica que la empresa ha decidido dar por terminado su contrato laboral sin justa causa, para posteriormente y solo hasta el "*20 de marzo de 2018*", hacerle entrega de la carta de despido junto con la respectiva liquidación final, oportunidad en la cual la demandante reiteró que se encontraba en estado de embarazo y lo dejó anotado en el documento de liquidación (fls. 21 a 24), como igualmente lo informaron al proceso las testigos citadas por la propia parte demandada.

La parte demandada alegó en su defensa que la terminación del contrato obedeció a una justa causa correspondiente a que la actora no cumplió las metas de ventas esperada, afirmación que va en contravía la evidencia fáctica de haberle reconocido la indemnización por despido lo que indica que no hubo la aducida justa causa para adoptar esa decisión en la que se

advierte premura al ser comunica mediante correo electrónico, unas horas después de haber mencionado la actora que se encontraba en embarazo.

Como consecuencia de lo anterior, la sociedad demandada deberá soportar las consecuencias indemnizatorias establecidas en nuestro ordenamiento jurídico y derivadas de su ilegal proceder, para lo cual se condenará teniendo como referente un salario mensual de $7’000.000,oo, al pago de la suma de $14´000.000,00 por el despido de la actora en estado de embarazo (60 días de salario), suma que se deberá indexar al momento de su pago; sin que haya lugar al pago de las 14 semanas de descanso remunerado, al haber confesado la demandante cuando absolvió interrogatorio de parte que ese rubro ya le fue reconocido.

Con respecto a la pretendida indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., la norma establece una sanción para el empleador que a la terminación del contrato de trabajo no cancele al trabajador los salarios y prestaciones debidas. Así mismo, jurisprudencialmente se ha reiterado que la aludida indemnización no es de aplicación automática e inexorable, pues para su imposición necesariamente debe auscultarse si la tardanza en el pago íntegro y completo de los salarios y prestaciones sociales, obedeció o no a razones atendibles revestidas de buena fe.

Del examen a todo el caudal probatorio que aparece incorporado en el proceso, no emerge ningún medio de convicción que lleve a la Sala a concluir la existencia de un circunstancia válida y justificable de donde pueda derivarse buena fe del empleador en el no pago de las prestaciones sociales deducidas en éste proveído, por lo que en consideración a que el vínculo laboral finalizó el 16 de marzo de 2018 y la demanda fue promovida el 1º de agosto de 2018 (fl. 53), se le condenará a pagar a favor de la actora, la suma de $233.333 diarios desde el 16 de marzo de 2018 y hasta ese día y mes del año 2020, en adelante se pagarán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación establecida por la Superintendencia Bancaria,

sobre el monto adeudado por prestaciones a título de indemnización moratoria.

SIN COSTAS en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha 30 de septiembre de 2020, proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, conforme se expuso en las motivaciones para en su lugar **CONDENAR** a la sociedad demandada GRAN PANDA S.A.S., a reconocer y pagar a la demandante ANDREA PATRICIA FAJARDO TAMAYO:

a) Por reliquidación de los siguientes conceptos en las sumas que a continuación se indican:

CESANTÍAS	**$2’593.889**
INTERESES CESANTÍA	**$ 65.596**
PRIMA DE SERVICIOS	**$2’593.889**
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO	**$2’620.559**

b) Por concepto de aportes al Sistema de Seguridad Social procede la condena por la diferencia generada en cada mes, esto es $2’800.000 por el tiempo comprendido entre el 18 de septiembre de 2017 y el 16 de marzo de 2018; ahora bien, por cuanto estamos frente a una situación de incumplimiento de los términos legales exigidos para tales pagos, por consiguiente corresponderá a las entidades de seguridad social a las que se encuentre vinculada la demandante fijar los lineamientos para que la parte demandada efectúe los referidos aportes.

c) Por concepto de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO EN ESTADO DE EMBARAZO la suma de $14’000.000, que se deberá pagar de manera indexada.

d) Por concepto de INDEMNIZACIÓN MORATORIA la suma de $233.333 diarios desde el 16 de marzo de 2018 y hasta ese día y mes del año 2020, en adelante se pagarán intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación establecida por la Superintendencia Bancaria, sobre el monto adeudado por prestaciones.

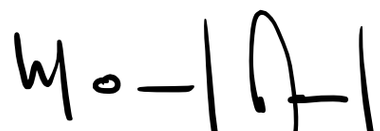
SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE



CON SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

SALVAMENTO DE VOTO PARCIAL. Considero que la demandada tenía razones atendibles, aunque fueran equivocadas, para excluir de la base de liquidación de los derechos del demandante las sumas sobre las cuales se pacto exclusión salarial. Tan atendibles son dichas razones, que la misma Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia las ha aceptado en el pasado validado la liquidación de prestaciones sociales sin incluir en su base las sumas sobre las cuales se acordó exclusión. PoR eso, en mi criterio, se debe entender que actuó con buena fe y se le debió absolver del pago de sanción moratoria.

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JOSE GUSTAVO HERNANDEZ HERNANDEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 012 2019 00430 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y el Ministerio Público., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 19 de octubre de 1954, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde el 14 de noviembre de 1980, hasta el 17 de junio de 1999, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13,48 y 53 de la Constitución Nacional, el articulo 13 de la Ley 100 de 1993, la Ley 797 de 2003, así como también las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2008, 4060 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 83 a 89, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, ya que era consiente sobre el formulario que suscribió así como también que la elección de la administradora se llevo de manera libre, espontanea y sin presiones . Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 125 a 150, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, aunado a ello resaltó que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por la parte actora. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de febrero de 2021, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en sentido estricto de la relación jurídica de afiliación del demandante JOSÉ GUSTAVO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, realizada el día 17 de junio de 1999, formulario Nº 01197274 folio 45, con la ADMINISTRADORA DE FONODO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
SEGUNDO: ORDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar el valor de los saldos aportes y rendimientos que se encuentren en la cuenta de ahorro individual del demandante JOSÉ GUSTAVO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ con destino a COLPENSIONES.
TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado del demandante JOSÉ GUSTAVO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ y a recibir el monto de saldos, aportes y rendimientos ordenados en el numeral

anterior, sin reconocimiento del régimen de transición al no tener derecho alguno sobre el particular.
CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás súplicas de la demanda incluida lo de gastos de administración.
QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.
SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS, en la instancia.
SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente Sentencia, súrtase el grado jurisdiccional de CONSULTA para que sea resuelto por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que en relación a la escogencia de régimen esta debe ser libre, voluntaria y plenamente informada, siendo un requisito de existencia de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, agregó que al no existir la mencionada figura se está en presencia de la nulidad o la ineficacia, por otro lado manifestó que el deber de información que recae en las administradoras de pensiones y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es suficiente para acreditar el cumplimiento de dicho deber.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación con fundamento en lo estipulado en el artículo 2 de la Ley 797 de 1993 que modifico el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en que a la fecha de la presentación de la demanda el actor contaba con 64 años comoquiera que nació el 19 de octubre 1954, aunado a ello, solicitó tener en cuenta lo que se advierte en las sentencias CSJ SL 8 de septiembre de 2008 radicado 31989, CSJ SL 17595 del 2017, SL 4981 de 2018, hay lugar a trasladar la totalidad de la cotización es decir los recursos cuenta individual de ahorro abonadas al fondo de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales y porcentaje destinado al pago de seguros provisionales y gastos de administración.

A su vez el agente del MINISTERIO PÚBLICO pidió revocar la sentencia de manera parcial, en cuanto a la absolución del Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a no trasladar el monto correspondiente de la cuota de administración, con fundamento en los pronunciamientos dados por la Corte Suprema de Justicia la cual manifestó que la ineficacia del traslado

está regulada por el artículo 1746 del Código Civil, lo cual implica devolver todas las cosas al estado anterior.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les

permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 196, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 17 de junio de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año de 1999, recibió en su lugar de trabajo unos asesores de Porvenir, quienes le informaron que se podía pensionar de manera anticipada, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto a la declaratoria de ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que la AFP PORVENIR debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor José Gustavo Hernández Hernández. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 Y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

En consecuencia, se habrá de modificar el ordinal segundo de la sentencia recurrida en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada, proferida el 8 de febrero de 2021, por el Juzgado Doce Laboral de Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar que la condena comprende la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARMEN LEONOR GARCIA VILLALBA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS, Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTIAS.**

RADICADO: 11001 3105 016 2019 00116 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por la apoderada de Colpensiones, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó el 1 de noviembre de 2001 al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A, y Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 21 de septiembre de 1962, que estuvo en el Seguro Social desde el 1 de julio de 1981 hasta el 1 de noviembre de 2001, fecha en que se trasladó a COLFONDOS S.A, sin que los asesores de ese Fondo le hubieran brindado

la información clara, completa y oportuna, siendo su actual AFP OLD MUTUAL.

Como fundamento normativo, citó el articulo 21 del Código Sustantivo del Trabajo, los artículos 6, 25, 74, 145 del Código Procesal Laboral y de la Seguridad Social, la Ley 1149 de 2007, el Decreto 2351 de 1965, los artículos 63, 65 y 70 del Código de Procedimiento Civil, los artículos 2, 4, 13, 23, 29, 48, 53 y 58 de la Constitución Nacional, los artículos 11, 21,31, 36, 50, 141, 142, 288 y 289 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 758 de 1990; así como la sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 46292 de 2014, 17595 de 2017, 46292 de 2017, 782 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLD MUTUAL dio contestación como aparece de folios 173 a 196, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda señaló que la demandante al momento en que se afilió al Fondo en el año 2008, ya contaba con conocimientos previos del RAIS, siendo la asesoría como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la actora. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

COLFONDOS., allegó el escrito de contestación que obra a folios 197 a 209, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que se brindo a la 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. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción y compensación y pago.

COLPENSIONES, allegó al plenario contestación que milita a folios 216 a 221, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que el traslado que realizó la señora Carmen Leonor García fue de manera

voluntaria y de acuerdo a la normatividad vigente. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de diciembre de 2020, el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la ineficacia en el traslado de régimen pensional que hubiera realizado la señora demandante CARMEN LEONOR GARCIA VILLALBA, identificada con cédula de ciudadanía Nº51.697.276, y que fuera efectivo desde el 01 de noviembre de 2001 con destino al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por ende se condena a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, esto es respecto de la totalidad de recursos y haberes que correspondan a las cotizaciones efectivamente realizadas en favor de la demandante, en lo que se deben incluir los interés, rendimientos y demás sumas adicionales que se hayan recibido con motivo de las cotizaciones.*
> *SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, a recibir la totalidad de los recursos condenados en el numeral primero que antecede y a reactivar la afiliación de la demandante en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, el cual se declara es el único al que válidamente se ha encontrado afiliada la actora en cuanto al régimen de seguridad social en pensiones.*
> *TERCERO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas en el presente asunto.*
> *CUARTO: CONDENAR en costas de las instancia al extremo demandado, practíquese la liquidación por Secretaría incluyendo los montos de UN (1) SMLMV, MEDIO (1/2) SMLMV y UN CUARTO (1/4) DE SMLMV como valor de las agencias en derecho, que respectivamente deberán pagar SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A., COLFONDOS,. Y COLPENSIONES."*

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cobija a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición, aunado a ello, resaltó que no es suficiente

con la firma de afiliación ya que no demuestra ese deber de información, dando lugar de esta manera declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial en contra de la decisión proferida en primera instancia como fundamento argumentó que en relación al formulario de afiliación entre Colfondos y la demandante, es un documento que correspondía únicamente a la partes decidir, modificar o dejar sin efecto ese acto celebrado y no era Colpensiones la competente para dejar sin efecto el mismo, en consecuencia solicitó revocar la condena en costas y que se adicione la sentencia en el sentido de determinar que el traslado de los fondos de la cuenta individual de la demandante tiene que hacerse junto con las cuotas de administración, garantía de pensión mínima, seguros provisionales, rendimientos, esto de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta

procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y

desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 131 y 211, se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS., del 25 de septiembre de 2001 y posteriormente la afiliación a SKANDIA realizada el 6 de junio de 2008.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2001, en su lugar de trabajo Seguros Colpátria el área de recursos humanos invitó a varias administradoras de pensiones en especial Colfondos, quienes de forma general le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar debido a las dificultades económicas del país y por tal motivo sería difícil poder pensionarse con dicho régimen pensional, sostuvo que dada la situación decidió trasladarse a dicho fondo, posteriormente en el año 2008, se trasladó a Skandia, sin que le informaran las ventajas o desventajas de estar en uno u otro régimen pensional.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A Y COLFONDOS debe devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora Carmen Leonor García Villalba. Al respecto ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 Y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la*

aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."

En consecuencia, se habrá de modificar el ordinal primero de la sentencia recurrida en el sentido de señalar, que se condena a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y la sociedad COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, por el periodo de tiempo que estuvo afiliada a cada una de estas entidades a trasladar la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal segundo de la parte resolutiva de la sentencia apelada, proferida el 4 de diciembre de 2020, por el Juzgado Dieciséis Laboral de Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de señalar, que se condena a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A y la sociedad COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, por el periodo de tiempo que

estuvo afiliada a cada una de estas entidades a trasladar la totalidad de los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por gastos de administración ni por cualquier otro concepto.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR NOHORA CECILIAR RUEDA GARCIA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 021 2019 00727 01

Bogotá D. C., treinta (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A. y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de noviembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

PORVENIR S.A reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, debido a que no se crédito la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio del régimen de la parte demandante, pues no se alegó y menos se probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con el Fondo sea eficaz.

A su vez COLPENSIONES., sostuvo que en el presente caso no existe prueba que permita acreditar que existió o no algún vicio del consentimiento entendido como el deber de información, señalo que en el presente caso se evidencia una ratificación expresa o tácita que sanea el presunto vicio del contrato, al ejecutar de manera voluntaria lo acordado en el contrato que autorizo el traslado de régimen en su momento.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., el 1 de junio de 1996, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 30 de agosto de 1967, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 23 de abril de 1996, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que el asesor de ese Fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar la decisión

Como fundamento normativo, citó los artículos 3 del Decreto 2071 de 2015, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, la Ley 100 de 1993, así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folio 52, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que en el expediente no obra prueba alguna de que la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio del consentimiento, así mismo no se evidencia solicitudes de protesto que permita inferir que hubo una inconformidad por parte de la actora. Propuso las excepciones de

descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y genérica.

PORVENIR S.A., allegó el escrito de contestación que obra a folio 72, en el que fundamentó su oposición a las pretensiones en que la afiliación de la parte demandante con el Fondo en el año 1996, fue producto de una decisión libre, voluntaria e informada, ya que el documento de vinculación se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP y el parágrafo del articulo 54 A del CPT. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de noviembre de 2020, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO.DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora NOHORA CECILIA RUEDA GARCÌA al régimen de ahorro individual dada el 23 de mayo de 1996 con efectividad a partir del 1 de julio de 1996, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.*
> *SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los dineros que recibió por motivo de la afiliación de la demandante NOHARA CECILIA RUEDA GARCÍA tales como aportes pensionales, cotizaciones, bonos pensionales-, incluyendo los rendimientos generados por estos y los dineros destinados para la garantías de la pensión mínima; así como los gastos de administración, los cuales deben asumir con cargo a sus propios recursos, sin deducción alguna por gastos de traslado. Para ello se concede el termino de (1) mes.*
> *TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.*

CUARTO: NO ACCEDER A LAS DEMAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.
QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas conforme a lo motivado.
SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA. A cargo de PORVENIR S.A., fijando como agencias en derecho la suma de $1.200.000. Sin costas en contra de COLPENSIONES.
SEPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional se generó con la voluntad del afiliado se requiere que el Fondo haya administrado una información completa, clara, oportuna sobre las condiciones específicas, ventajas y desventajas de cada régimen y que dicha información debe ser probada por los Fondos, esto de conformidad con el artículo 167 del Código General del Proceso, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información, de lo anterior señaló que hay lugar a declarar la ineficacia de la afiliación que realizó la demandante al Régimen de Ahorro Individual.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, y en consecuencia solicitó se revoque con fundamento en que contrario a lo manifestado en primera instancia si se cumplió con el deber de información que tenía el Fondo al momento del traslado de la demandante que fue realizado de manera libre y voluntaria, por lo que no se tendrían los requisitos exigidos por la jurisprudencia para que procediera la declaratoria de ineficacia del traslado, señalo que en el presente caso la señora Nohora tenía conocimiento de la posibilidad de trasladarse antes de cumplir los 10 años para pensionarse en el Régimen de Prima Media, pues la actora presentó en tiempo la solicitud de traslado encontrándose una negligencia por parte de Colpensiones al no haber atendido la solicitud en tiempo.

Además de ello, señalo su inconformidad en la exoneración en costas a Colpensiones así como también los gastos de administración impuestos en la sentencia, ya que los mismos no hacen parte de los derechos pensionales de la demandante.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en su totalidad al señalar que frente a las manifestaciones realizadas por el apoderado de la parte demandante, si bien hubo una solicitud de querer retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, pues es imputable la falta de cuidado del deber de atención de la demandante al creer que se encontraba afiliada en el Régimen de Prima Media, informó que en relación a lo manifestado por el apoderado de Porvenir S.A., el trámite de cambio de régimen lo autoriza el fondo de pensiones en donde se encuentra el afiliado sin que sea un trámite que realice exclusivamente Colpensiones, aunado a ello, resaltó que la voluntad de la actora fue pertenecer al Régimen de Ahorro Individual.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del

régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 72 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 23 de mayo de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 1996 recibió en su lugar de trabajo unos asesores de Porvenir S.A, mediante asesoría general le informaron que se podía pensionar con mejor pensión que en el Seguro Social, que en el evento de fallecer su familia podría heredar dichos aportes, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes

jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias sl 17595-2017 Y sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 30 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR EMMANUEL LEONARDO CORREA RIVEROS contra **CORPORACIÓN DE FERIAS Y EXPOSICIONES S.A. -CORFERIAS S.A.-**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 022 2017 00767 -01

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El actor solicitó la condena por concepto de indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, igualmente pretendió el pago de la indemnización de los perjuicios morales y materiales de daño emergente y lucro cesante a cargo de la parte demandada.

Como fundamentos fácticos manifestó que laboró al servicio de la sociedad demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido por el tiempo comprendido entre el 12 de julio de 1990 y el 30 de septiembre de 2016, el último cargo desempeñado fue el de Coordinador de Movilidad y Parqueadero con un salario de $4´159.940; sostuvo que la demandada empleadora le dio por terminado el vínculo laboral mediante comunicación en la que le indicó "*haber*

incurrido en conductas indecorosas contra mujeres cuyo nombre no se señala"; dice que con esa decisión se afectó su dignidad al endilgarle conductas de agresión sexual. Dice que la demandada omitió iniciar y tramitar un proceso disciplinario en su contra.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La parte demandada dio contestación mediante escrito que obra a folios 45 a 70, en el que aceptó la existencia del vínculo laboral y se opuso a las pretensiones de la demanda al manifestar que el actor en ejercicio de su cargo tenía funciones de mando frente a personal a él subordinado que debía cumplir sus órdenes y varios de ellos notificaron por escrito sobre "*las múltiples e individuales conductas del demandante contra esos funcionarios, a todas luces vulgares, irrespetuosas y desobligantes, con manifestaciones de contenido sexual*", lo cual dio lugar a la terminación del contrato del contrato de trabajo con justa causa. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, garantía de protección a la mujer contra la violencia de género, obligación de Corferias de garantizar el libre ejercicio de los derechos de las mujeres y de actuar frente a conductas violentas con ellas, prescripción y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 7 de septiembre de 2020, resolvió*:*

"PRIMERO: DECLARAR que el contrato de trabajo a término indefinido entre EMMANUEL LEONARDO CORREA y la CORPORACIÓN DE FERIAS Y EXPOSICIONES S.A. USUARIO OPERADOR ZONA FRANCA -CORFERIAS-, terminó por una justa causa.
SEGUNDO: ABSOLVER al demandado CORPORACIÓN DE FERIAS Y EXPOSICIONES S.A. USUARIO OPERADOR ZONA FRANCA -CORFERIAS- de las pretensiones incoadas en su contra de conformidad con lo considerado en la presente sentencia.
TERCERO: DECLARAR probadas todas las excepciones de mérito propuestas por el demandado, conforme a lo indicado en precedencia.
CUARTO: CONDENAR en costas a la parte demandante EMMANUEL LEONARDO CORREA, se fijan como agencias en derecho la suma de tres salarios mínimos legales mensuales vigentes."

Para fundamentar su decisión sostuvo la Juez de Primera Instancia que en el expediente quedaron acreditadas las situaciones que tuvo la sociedad demandada como justas causas suficientes para dar por terminado el contrato de trabajo al ser presentadas por escrito múltiples quejas por mujeres trabajadoras de la

entidad en las que denunciaron las conductas irregulares de acoso sexual en que dieron haber incurrido el demandante contra ellas, sin que se requiriera que la demandada de manera previa al despido agotara un proceso disciplinario al no existir disposición en ese sentido para el momento en que se produjo tal hecho.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Solicitó el apoderado del demandante revocar la sentencia de primera instancia y que se acceda a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la señora Juez señaló que no estaba tomando la decisión con fundamento en aspectos de índole penal frente a la presunta conducta de acoso sexual, y que no obstante haber citado una jurisprudencia respecto de la carga de la prueba en el tema del despido, en la decisión se invirtió su interpretación al señalar que es el demandante quien debe demostrar que las conductas a él endilgadas no ocurrieron, cuando lo único que debía demostrar era la existencia del despido como en efecto lo hizo, situación por la que argumenta se quebranta la sentencia; frente a las justas causas esgrimidas por la parte demandada y el trámite que se debió agotar previo al despido señaló que los documentos correspondientes a las quejas presentadas por las trabajadoras se dieron por válidos al no ser tachados de falsos, dice que igualmente la decisión se sustentó en el testimonio de quien fue citada por la parte demandada, pero que a su juicio es un testigo de oídas porque los hechos narrados por las empleadas de la empresa no han sido definidos ni establecidos por la autoridad competente y a su juicio debieron ser hechos demostrados de manera fehaciente en el proceso, lo cual dice que no ocurrió. En cuanto a la tesis del Juzgado frente a la manifestación de la demanda de no haberse garantizado el derecho de defensa del actor, señala que se basó en una interpretación "*peregrina*" de la sentencia de la Corte Suprema de Justicia que la misma Juez citó y que hace referencia a la necesidad de adelantar un trámite previo al despido como garantía del derecho de defensa, sin que por el hecho de haber sido proferida en fecha posterior a la de los hechos seda óbice para su aplicación a este caso.

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala estudiará si el contrato de trabajo del actor terminó por justa causa, así como las circunstancias que rodearon esa desvinculación para establecer si proceden o no las condenas

pretendidas, igualmente si era procedente agotar un trámite disciplinario previo para que la parte demandada adoptara esa decisión.

En esta instancia no se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 12 de julio de 1990 y el 30 de septiembre de 2016, pues así lo aceptó la convocada a juicio al dar contestación a la demanda y se acreditó documentalmente a folios 98 a 100. Igualmente se encuentra demostrado que la terminación del vínculo laboral obedeció a la decisión unilateral de la sociedad demandada, con fundamento en las razones expresadas en la comunicación cuya fotocopia obra a folios 71 a 74.

Es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7º del Decreto 2351 de1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Igualmente ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio su veracidad, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

De acuerdo a la normatividad que prescribe lo referente a la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales pertinentes, el empleador debe demostrar en el juicio que el trabajador incurrió en alguna de las causales consagradas en la ley para dar por terminado el vínculo y que la conducta es de tal entidad que ameritó la desvinculación; por consiguiente, que el hecho de finiquitar unilateralmente la

relación laboral deviene directamente de esa disposición que faculta al empleador para dar por terminado el contrato de trabajo con justa causa, sin que medie sanción alguna por la decisión tomada a quien se ampara en una causa legal; siendo obligación del empleador expresarle al trabajador en forma clara y concisa la causa o motivo que lo llevó a tomar esa determinación, calificando la falta adecuadamente como trascendental y capaz de romper el vínculo contractual que los une.

Se debe tener en cuenta que no existe obligatoriedad de agotar un procedimiento disciplinario previo a la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo, y su ausencia en manera alguna vicia o afecta de validez el despido, pues por sabido se tiene, que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral ha indicado que el despido no es una sanción disciplinaria por lo que no es necesario el adelantamiento previo a éste de un proceso disciplinario, máxime cuando como ocurre en el sub lite no se acreditó la existencia de norma convencional, que así lo dispusiera; y en el reglamento interno de trabajo existente en la corporación demandada (fls. 64-170) en su capítulo XIII una escala de faltas en que no deben incurrir los trabajadores, se establece un procedimiento para la comprobación de estas y las formas de aplicar las sanciones disciplinarias, que se concreta en escuchar previamente al trabajador en descargos, lo cual no configura el adelantamiento de un proceso disciplinario, y en todo caso se establece ese trámite para la imposición de sanciones disciplinarias, las que se enlistan respecto de la actividad laboral, como no observar el horario de trabajo, faltar a los turnos establecidos, y en general conductas de ese carácter. En todo caso se establece ese trámite para la imposición de sanciones disciplinarias y es evidente que esa situación no se dio respecto del demandante, pues no se le sancionó sino se le despidió, al respecto la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencia calendada el 2 de agosto de 2007, radicación 31242, sobre el particular asentó:

> *"Pese a lo anterior, advierte la Sala que en ningún error jurídico incurrió el Tribunal cuando sostuvo que el despido no es una sanción disciplinaria, tal como lo dejó sentado en la sentencia de casación del 2 de mayo de 2005, radicación 24095, en la que afirmó:*
>
> *"Ahora bien, ha dicho y reiterado la Sala en numerosas ocasiones que la imposición de sanciones disciplinarias es la que exige el agotamiento de*

> *un procedimiento previo, el cual no resulta aplicable a las decisiones de despido, porque no hay norma legal que lo consagre y por ende una y otra medida tienen distinto tratamiento legal, y únicamente podrá reclamarse ese trámite cuando se hubiera establecido en una convención, laudo, reglamento o cualquier otro estatuto interno."*

Queda entonces determinado que para adoptar la sociedad demandada la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo del actor en forma unilateral, es decir por despido, no era necesario agotar procedimiento disciplinario alguno.

Ahora bien, en punto a la terminación del vínculo laboral del demandante, a folios 71 a 74 del expediente se incorporó la comunicación de fecha 30 de septiembre de 2016, en la que se le informa que esa decisión se adoptó con fundamento en justa causa, de acuerdo con lo previsto en los numerales 2, 5, y 6 del literal a) del artículo 62 del C.S.T., modificado por el artículo 7 del Decreto 2351 de 1965, en concordancia con el numeral 4) del artículo 58 del C.S.T., así como el contenido del contrato de trabajo y el respectivo reglamento interno; se hizo referencia a la posición de jerarquía, liderazgo y dirección que en desarrollo de sus funciones y en razón al cargo del actor tenía sobre los demás trabajadores que desempeñan sus actividades en el parqueadero de Corferias y de manera puntual se señala en la referida misiva que "entre los días 28 y 29 de septiembre de 2016 hemos sido notificados por escrito de parte de 6 colaboradoras sobre una serie de conductas irrespetuosas y desobligantes en que ha incurrido respecto de cada uno de ellos, especialmente de contenido sexual. Las narraciones de parte de los colaboradores detallan las conductas indecorosas en las cuales usted ha incurrido y que por su gravedad son hechos totalmente reprochables, como se lee a continuación", y se trascriben los apartes de esas quejas sobre situaciones en las que refiriéndose al demandante narraron "*se me insinuaba mucho y no podía venir a la oficina del señor ya que siempre me tocaba las piernas, me mandaba las manos a los senos, se la pasaba diciéndome que lo ponía mal, me decía muchas obscenidades, se la pasaba manociándome, me decía ushh que estaba muy rica, se la pasaba mirándome la cola, casi siempre me decía que me iba a subir de líder que iba estar en la compañía pero que ya sabía las condiciones que me tenía que acostar con él…*"; se dice en esos escritos de queja presentados por otras trabajadoras que siempre tenía con ellas expresiones como mamita, hermosa no las llamaba por su nombre, les hacía gestos enviándoles besos, ante el rechazo a esas conductas las gritaba con amenazas de no renovarles el contrato; uno de los trabajadores de nombre Sebastián Calderón que igualmente presentó informe por escrito de lo

que ocurría, dijo haber visto como en el ascensor el demandante le preguntó a la trabajadora Luisa Fernanda Castañeda Roa, si era buena para trasnochar, ella le dijo que para los turnos si, y el actor le contestó: *"buena para trasnochar en mi casa, en mi cama, a mi lado"*, situación que se dice en la carta de despido fue corroborada por escrito por la mencionada empleada, quien además informó que ese día el demandante la hizo subir a su oficina en donde le dijo que salieran a almorzar, le indicó que sentara "*y que si no lo iba a saludar y se paró de la silla y se me hizo atrás y me cogió la cara y a darme un beso y dijo así es que me saludan a mí, cuando le pasé la carta para un evento vino y ahí me cogió me desabotonó la chaqueta y empezó a meter las manos en los senos yo le dije que no, que iba a ir por un tinto y él me dijo yo quiero pero con leche materna, se me sentó al lado se sacó el pene y me obligaba a que se lo cogiera, yo me paré para salir de la oficina y me jaloneó de la chaqueta y me dijo acá en el baño no hay cámaras, me arrinconó contra la pared del baño y me decía que yo metiera su pene en mi boca y me decía que el pene y semen de él era limpios que me lo imaginara en mi boca, cogí lo empujé y salí rápido de esa oficina.*"

En la referida carta de despido se le indicó *"sin lugar a dudas los anteriores hechos comprenden una serie de actos de agresión contra nuestras colaboradoras y específicamente de algunas mujeres que desempeñan funciones en Corferias, los cuales no pueden ser tolerados desde ningún punto de vista, no solo por la naturaleza de los hechos en que ha incurrido y que afectan la dignidad de las personas que se han convertido en víctimas de los mismos, sino además, porque tales conductas las ha ejercido amparado en la autoridad que le otorga el cargo por usted desempeñado.*

Se aprecian a folios 82 a 91, los manuscritos dirigidos a la empresa empleadora por las siguientes trabajadoras: YESICA TIERRADENTRO CASTILLO, MARTHA PATRICIA RODRIGUEZ, PAOLA ANDREA OCAMPO, SHIRLEY CASTAÑEDA, SANDRA PATRICIA BURITICA, LUIS FERNANDA ROJAS ACHURY, quienes de su puño y letra pusieron en conocimiento las conductas ejercidas por el demandante contra ellas, en las relacionan palabras soeces expresadas por el actor, amenazas, expresiones vulgares de contenido sexual, ofrecimientos de ascensos si accedían a sus propuestas obscenas, así como el informe dado por el empleado SEBASTÍAN CALDERÓN SUÁREZ, quien denuncia que el actor les imponía a dichas trabajadoras extensos horarios de trabajo con malos tratos les decía "*sino le gusta*

que se vaya", manifestó que igualmente el trato hacía los clientes del parqueadero era descortés y para con algunos funcionarios que según él "*le hacen cagadas*" y a quienes les desactivaba la placa del carro en el sistema para que tuvieran problemas al ingresar; puso de presente la renuncia de un trabajador porque estaba cansado de que el demandante siempre le dijera "*mueva el culo, le quedó grande ese hp parqueadero, parece marica*"; lo ya narrado respecto de la insinuación en el ascensor a una compañera de que durmiera con él; las constantes amenazas de renovarles el contrato de trabajo, siempre decirles que las labores estaban mal hechas, lo cual dice el empleado que no era así y concluye su comunicación con una solicitud a la empresa de no pasar por alto esa difícil situación que en el trabajo estaba generando el demandante.

Igualmente se allegaron al plenario las fotocopias que dan cuenta de las denuncias presentadas por dichas trabajadoras al Grupo de Delitos Sexuales de la Policía Nacional, en las que se narran con más detalle los hechos que correspondieron a las quejas presentadas por ellas ante la entidad empleadora demandada por las conductas de acoso sexual ejercidas por el demandante. (fls. 92 a 103)

En el Interrogatorio de parte absuelto por el demandante aceptó que en su calidad de jefe del parqueadero debía determinar las necesidades de personal para realizar la actividad respectiva, así como la elaboración a su cargo de los turnos de asistencia de esos trabajadores e indicaba a la empresa los nombres de las personas a las que el actor asignaba los turnos para que fueran efectuadas las contrataciones; al ser interrogado respecto de las quejas presentadas por las trabajadoras dijo que él no podía ofrecer ascensos, ni contratos porque eso no está dentro de sus funciones; negó las acusaciones de carácter sexual que le hicieron y dijo que eso se debía a que no les caía bien; sostuvo que las trabajadoras usaban uniformes anchos y por eso no les podía decir nada sobre sus cuerpos; a otra de las preguntas respondió que usaba la muletilla de decir "*mamita"*, pero que no lo hacía con una connotación sexual y manifestó que en realidad eso no lo debió hacer.

Frente a algunas preguntas puntuales efectuadas por el apoderado de la empresa demandada sobre las acusaciones que se le hicieron, fue evasivo al responder

sobre aspectos ajenos al respectivo interrogante. A un interrogante efectuado por la Juez, dijo atribuir esa situación a retaliación de esas trabajadoras y no sabe porqué de la noche a la mañana siete personas dicen esas cosas de él; a otras preguntas contestó no recordar debido al paso del tiempo.

Absolvió interrogatorio de parte la Representante Legal de la sociedad demandada, quien dijo que en año 2016 recibió en la Oficina de Recursos Humanos de la empresa a una trabajadora que se acercó a formular una denuncia, quien le manifestó que por esas mismas situaciones otras trabajadoras prefirieron renunciar. pero ella lo hacía para que se tuviera conocimiento de esos hechos, por lo cual le solicitó que si existían otras trabajadoras afectadas con esa situación les dijera que lo comunicaron y acudieron a su oficina 6 mujeres más a dar a conocer esas conductas desplegadas por el demandante, al punto que una de las trabajadoras LUIS FERNANDA ROJAS ACHURY no solo presentó queja contra el señor LEONARDO CORREA sino que dio a conocer la denuncia penal por ella presentada ante la autoridad competente "*y eso se lo manifesté claramente cuando lo cité a mi oficina y por eso me extraña que este señor diga que no sabe las razones por las cuales se le dio por terminado el contrato, así mismo le informé que existían seis quejas más en ese sentido de su comportamiento indecoroso*". Manifestó que el reglamento interno de la entidad no tiene entre su articulado ninguna disposición que obligue a adelantar un proceso disciplinario previo a la terminación de un contrato de trabajo, menos aún cuando se trata de hechos tan delicados como los denunciados por esas trabajadoras que constituyen falta grave para dar por terminado el contrato de trabajo.

Se recibieron las declaraciones de los testigos citados por la parte demandada, MARÍA PIA CARRERO, LUISA FERNANDA ROJAS ACHURY y MAURICIO PAREDES GARCÍA.

La testigo MARÍA PIA CARRERO informó lo referente al cumplimiento de los contratos que se suscribían entre Corferias y las empresas de servicios temporales, siendo el demandante quien en su calidad de jefe del área hacía el requerimiento del personal necesario para realizar la actividad. Dijo que le fue puesto en conocimiento por la trabajadora Luisa Fernanda Rojas la existencia de situaciones desagradables propiciadas por el señor Correa, quien dijo tener mucha vergüenza por lo que tiene que contar y narró como el demandante al

estar en su oficina "*se bajó los pantalones y quiso obligarla a situaciones sexuales por las que ella puso una denuncia en la Fiscalía, manifestó que tenía miedo porque el señor Correa tenía la potestad para que su vinculación terminara porque podía decir que no era necesaria su vinculación; esta situación se escaló al área de recursos humanos y al área jurídica y es así como el Gerente de la Compañía nos indicó sobre la necesidad de citar a esas personas implicadas en esas situaciones, se hizo la reunión en la que estuvieron alrededor de cinco a siete personas quienes hicieron las respectivas denuncias y no solo fueron verbales sino que se dejaron por escrito, en esa reunión dijeron esas trabajadoras que las acorralaba en los corredores, las tocaba de manera obscena, les ponía turnos de noche para aprovechar la soledad del lugar y aprovechar la situación para incurrir en esas conductas; en esa reunión estuvo el Presidente de la Compañía, la Secretaría Jurídica y yo; allí concretaron las denuncias por escrito que inicialmente había hecho en forma verbal.*"

LUISA FERNANDA ROJAS ACHURY informó haber ingresado a laborar en Corferias por medio de una compañía de servicios temporales, narró lo ya mencionado en esta sentencia respecto de las manifestaciones que le hizo el demandante de si era buena para trasnochar para que lo hiciera en la casa de él y en su cama, así como lo referente a la situación que posteriormente ocurrió en la oficina del actor en donde éste de manera abusiva le abrió la blusa, le tocó los senos y quiso introducirle su pene en la boca; dice que por esa situación y luego de ser aconsejada por sus familiares buscó a la encargada de recursos humanos para poner en su conocimiento esa situación y formuló la denuncia penal en la Fiscalía por esos hechos. Narró las situaciones similares que conoció les ocurrió a otras compañeras de trabajo, quienes por miedo a quedarse sin trabajo no lo denunciaron porque el demandante era quien determinaba el personal que podía continuar laborando en Corferias. Manifestó que el demandante dejó de programarle turnos porque se negó a sus insinuaciones sexuales.

MAURICIO PAREDES GARCÍA, dijo haber sido el jefe inmediato del demandante, quien tenía como principal función la de establecer y fijar la programación del personal que requería para el control del parqueadero de la entidad, indicando la cantidad y calidad de personas que a su juicio necesitaba y con base en ello se solicitaba a la empresa de servicios temporales el personal necesario, según lo indicado por el demandante. Dijo haber sido enterado de la serie de denuncias

que formularon varias trabajadoras por conductas de acoso sexual por parte del señor Correa y el abuso de su posición de jefe para imponerles tales situaciones. Sostuvo el testigo que era conocido por todos en la empresa que el señor Correa era quien disponía lo referente al personal que necesitaba y se le escuchaba respecto de las calidades de los empleados, lo cual podía incidir en su permanencia o no dentro de la empresa o sobre su promoción a cargos superiores.

Se debe indicar que la parte demandante no solicitó prueba testimonial alguna, pudiendo hacerlo para de esa manera confrontar lo dicho por las quejosas con lo que en su favor pudieran manifestar otros trabajadores, más aún si se tiene en cuenta que se trata de una empresa con un número considerable de empleados.

Revisado en su totalidad el elenco probatorio arrimado a los autos, sin esfuerzo alguno puede afirmarse que en la terminación del contrato de trabajo del actor medió justa causa como quiera que fue un hecho acreditado en el juicio el haber incurrido en las conductas irregulares por las que fueron presentadas las quejas por sus subalternas, las que reflejan un abierto desconocimiento de la conducta que debe tener un jefe con el personal a su cargo, a sabiendas que en el reglamento interno de trabajo se consagraron dentro de las prescripciones de orden para los trabajadores en el comportamiento y respeto que deben guardar en sus relaciones laborales, las que aun en ausencia de ese reglamento corresponden a la ética y al deber ser en las relaciones laborales.

Es un hecho entonces, de acuerdo con las pruebas antes reseñadas que en el juicio quedó plenamente acreditado que el demandante incurrió en un proceder irregular en el desempeño de sus funciones como Jefe al utilizar en su provecho esa condición de superior para ejercer conductas indecorosas y con un claro abuso de su posición frente a sus subalternas que van en contravía de la actitud que debe desplegar quien ejerce jerarquía en una empresa, lo cual constituye una falta grave, dada la responsabilidad de su labor, hecho que no puede calificarse de otra forma que como lo hizo la empresa demandada al desvincularlo de su relación laboral, pues en efecto incurrió dentro de las causales legales que facultan al empleador para dar por terminado con justa causa el respectivo contrato de trabajo, ya que incumplió

con sus deberes y obligaciones como eran las guardar el decoro y respeto que se espera de cualquier empleado en una empresa y más aún de un superior jerárquico frente a sus subalternos, de acuerdo no solo con las instrucciones precisas que sobre estos aspectos tienen fijadas las empresas, sino se reitera que corresponden a la ética y al buen sentido que toda persona debe observar en el marco de las relaciones interpersonales, constituyéndose de esta forma a criterio de la Sala en que amerita la aplicación estricta y rigurosa de las facultades con que contaba el empleador para separarlo del cargo en tanto incurrió en las faltas a él atribuidas.

Las situaciones que rodearon la desvinculación del demandante se comprobaron con fuerza de plena prueba y por consiguiente generan en esta Sala la convicción inequívoca acerca de que el despido de que fue objeto se soportó en causales legalmente establecidas como justas, siendo pertinente reiterar que el despido como una decisión autónoma del empleador no se equipara a una sanción disciplinaria y en esa medida no se pueden exigir trámites previos, salvo demostrar la conducta irregular del trabajador, la que en este caso se acreditó con suficiencia.

Aunado a lo anterior, para que el trabajador se haga acreedor a la protección constitucional y legal respecto de su estabilidad laboral, debe demostrar que cumplió con todas las obligaciones inherentes al contrato de trabajo, entre las que se encuentran la lealtad y el respeto, que para el caso de los jefes comporta además la observancia de una conducta ejemplar frente a quienes hacen parte del grupo laboral que acoge la compañía y que están bajo su mando; por lo cual es claro entender que la violación de tales valores resulta suficiente para dar por finalizado el vínculo, pues se debe recordar que las normas jurídicas que regulan las relaciones laborales encarnan unos principios que buscan lograr la convivencia humana en un ambiente pacífico y de respeto que por ello no se pueden desconocer, como lo hizo el demandante.

Por las anteriores razones procede la absolución de las condenas pretendidas por despido injusto y se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las diferentes razones expuestas en esta sentencia.

COSTAS.

En el recurso a cargo de la parte demandante.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 7 de septiembre de 2020, pero por las diferentes razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS en el recurso a cargo de la parte demandante.

La sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE
SALVO VOTO

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYASE como agencias en derecho a cargo de la parte demandante la suma de $350.000 que se deberán liquidar en la oportunidad procesal pertinente.

LORENZO TORRES RUSSY

Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO PONENTE

APELACIÓN DE SENTENCIA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RUBÉN DARÍO TORRES GUACANEME contra **TRANSPORTADORA DE VALORES DEL SUR LTDA.**

EXPEDIENTE N° 11001 3105 023 2019 00334 021

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte demandante contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de septiembre de 2020.

En esta instancia los apoderados de las partes allegaron escritos de alegaciones; la parte actora solicitó revocar la sentencia al manifestar que reitera todos los argumentos expuestos en la demanda, en su alegato de conclusión y en el recurso interpuesto. A su turno el apoderado de la sociedad demandada señaló que la sentencia recurrida se encuentra ajustada a derecho y es congruente con lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia frente a la estabilidad laboral reforzada en el tema de salud.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare que la sociedad demandada le dio por terminado el vínculo laboral sin autorización del Ministerio de Trabajo por encontrarse protegido por las disposiciones que regulan el

tema de la estabilidad laboral reforzada en materia de salud y en consecuencia reclama la condena al pago de la indemnización que establece el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Como fundamentos fácticos manifestó que fue vinculado por la sociedad demandada para desempeñar el cargo de Jefe de Tripulación mediante contrato de trabajo a término indefinido, el cual estuvo vigente entre el 23 de noviembre de 2016 y el 15 de marzo de 2018, fecha en dice haber sido despedido sin justa causa; manifiesta que el 12 de agosto de 2017 mientras realizaba su labor sufrió un accidente de trabajo que consistió "*en aplastamiento del dedo pulgar izquierdo, con la puerta blindada del vehículo*", posteriormente en el mes de noviembre fue atendido por la EPS debido a "*dolencias en los talones acrecentadas por su actividad laboral*", "el 12 de enero de 2018 le fue diagnosticada por la EPS "*Tendinitis Aquiliana Bilateral M766 y Tendinopatía derecha*", por lo cual fueron emitidas recomendaciones para ejercer la labor, así como el uso de plantillas; narra que el 21 de febrero de 2018 nuevamente tuvo dolor en el talón debido a que fue enviado a recoger 80 bolsas de monedas y tuvo incapacidad médica por 5 días desde el 23 de febrero de 2018; narra que nuevamente el 6 de marzo de 2018 es enviado a recoger 22 bolsas de monedas por lo que presentó dolor y fue incapacitado por 3 días. Dice que el 8 de marzo de 2018 fue atendido por ortopedia y se confirmó el diagnóstico ya referido, por lo cual solicitó a su empleador la reubicación laboral, pero el 15 marzo de 2018 fue despedido, por lo que promovió acción de tutela que fue resuelta por el Juzgado 38 Penal Municipal de Conocimiento y mediante sentencia del 24 de mayo de 2018 tuteló el derecho a la estabilidad laboral reforzada, fue reintegrado a su cargo y actualmente se encuentra vinculado laboralmente con la Empresa demandada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada dio contestación mediante escrito que obra a folios 104 a 130, en el cual aceptó la existencia del vínculo laboral con el actor, se opuso a todas las pretensiones de la demanda, con la

manifestación de haber dado cumplimiento a lo ordenado en la sentencia de tutela, para lo cual fue vinculado nuevamente a laborar, afirmó que se le hicieron todos los pagos derivados del reintegro y que actualmente se encuentra laborando. Argumentó que no existe prueba alguna que demuestre que para la fecha de la terminación del contrato contara con estabilidad laboral reforzada, no cuenta el actor con un dictamen en el que se establezca que cuenta con una discapacidad ni siquiera moderada de la cual se pueda inferir la estabilidad laboral que pretende. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, eficacia de la terminación delo contrato de trabajo, prescripción, buena fe y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El 17 de septiembre de 2020., el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia en la que resolvió:

"PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad TRANSPORTADORA DE VALORES DEL SUR LTDA., de las pretensiones incoadas en su contra por el señor RUBÉN DARÍO TORRES GUACANEME, conforme a las consideraciones expuesta en la parte motiva de esta providencia.
SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS a la parte demandante.
TERCERO: ORDENAR si la presente sentencia no fuere apelada oportunamente, se surta el grado jurisdiccional de consulta con el Superior."
Como sustento de su decisión y luego de referirse a las pruebas recaudadas en el curso del debate probatorio, consideró el Juez que no se acreditaron las condiciones para declarar que el demandante es beneficiario de las prerrogativas previstas en la Ley 361 de 1997.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

El apoderado del actor recurrió la sentencia para lo cual manifestó que el presente proceso surgió a partir de la decisión de la demandada de dar por terminado el contrato de trabajo del actor por una presunta causa justa y dar lugar a que éste promoviera una acción de tutela que amparó de manera transitoria los derechos fundamentales del actor y se dispuso su reintegro, debiendo demandar en la vía ordinaria. Se refirió al concepto de la estabilidad laboral reforzada y a la jurisprudencia

constitucional que existe al respecto para lo cual dio lectura a apartes de tales sentencias para manifestar que en este caso se acreditó la situación de salud del actor de la que dan cuenta las incapacidades médicas que le fueron ordenadas; manifestó no necesariamente se debe tratar de un enfermedad gravísima, sino que desde el inicio de una patología puede surgir la protección legal; relacionó cada una de las fechas en que estuvo incapacitado el trabajador para manifestar que la empresa demandada tuvo pleno conocimiento de esas incapacidades y por ende de la situación de salud en que se encontraba el actor; señaló que a pesar de ello el empleador nunca le realizó un examen médico ocupacional al demandante y en su lugar dispuso dar por terminado el contrato de trabajo y efectuar el pago de una indemnización por despido. Solicitó revisar de manera minuciosa la documental allegada con la demanda para establecer que si le asiste la protección por estabilidad laboral reforzada que se reclama a favor del actor, sin que para ello se requiera de una calificación formal porque es al empleador al que le corresponde probar que la terminación del contrato no obedeció a la situación de salud del trabajador. Manifestó que el demandante se encuentra en unos tratamientos médicos por lo cual necesita de su vinculación laboral para continuarlos.

C O N S I D E R A C I O N E S

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala examinará si el demandante es beneficiario de la protección que establece la Ley 361 de 1997.

En esta instancia no es objeto controversia que entre el demandante y la convocada a juicio, existió un contrato de trabajo al ser aceptado desde la contestación de la demanda que éste inició el 23 de noviembre de 2016 y estuvo vigente hasta el 15 de marzo de 2018, para posteriormente ser reintegrado a su labor el actor en cumplimiento de la sentencia de tutela proferida el 24 de mayo de 2018 por el Juzgado Treinta y Ocho Penal Municipal con función de Conocimiento.

Verificado lo anterior, se tiene que la Ley 361 de 1997, *"Por la cual se establecen mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones"*, específicamente en su artículo 26, dispone que ninguna persona puede ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Ministerio del Trabajo so pena del pago una indemnización equivalente a 180 días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar.

A su vez el Decreto 2463 de 2001, en el artículo 7°, determinó los grados de la limitación así: *limitación moderada*, entre el 15% y el 25%, *limitación severa,* mayor al 25% pero inferior al 50% y *limitación profunda*, cuando la perdida de la capacidad laboral sea igual o mayor al 50%.

Ahora, la H. Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, con radicación n.° 56315 del 7 de octubre de 2015, señaló que la estabilidad laboral consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 "*solo procede para aquellas personas que padezcan una limitación en grado severo y profundo y no para aquellas que presenten cualquier tipo de limitación y, menos, para quienes se encuentren en una incapacidad por motivos de salud o que tengan una afectación a esta";* más recientemente en la sentencia SL5181-2019, esa Corporación determinó que la protección que brinda la citada Ley, se refiere a:

«(…) *todas aquellas que su discapacidad comienza en el 15% de pérdida de capacidad laboral. Conforme a lo anterior, no le asiste razón al tribunal en cuanto sostiene que es suficiente la sola presencia de una debilidad manifiesta por motivos de salud, para merecer la especial protección de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Con la interpretación del juez colegiado se rompe la justificación de tal medida excepcional, pues, con la ampliación indeterminada del grupo poblacional para el cual el legislador creó la acción afirmativa de la estabilidad laboral reforzada se afecta la proporcionalidad de la medida, con la vulneración de otros derechos fundamentales como el de libertad…No se puede desviar su uso a fines distintos a los previstos en ella, como sucede cuando, a través de una interpretación sin rigor jurídico, se generaliza el campo de aplicación de la regla de estabilidad laboral reforzada como medio para satisfacer necesidades de protección propias de la seguridad social, cuya garantía ha de hacerse a través de otros mecanismos que sí*

sean idóneos, necesarios y proporcionados para ese fin, y que desarrollen los principios de la seguridad social como son la universalidad, la eficiencia, la progresividad, la solidaridad y sostenibilidad financiera, entre otros."

De manera que, según las normas referidas y la jurisprudencia citada, para lograr la ineficacia del despido que da lugar al reintegro o la condena al pago de la indemnización, quien demanda debe probar su limitación física a partir por lo menos del grado moderado y que su condición física fue la causa del despido.

Entonces, se reitera para que el demandante pueda acceder a la protección especial contenida en la Ley 361 de 1997, le corresponde demostrar en el juicio que para el momento en que se produjo su desvinculación laboral tenía pérdida de la capacidad laboral por lo menos en el grado moderado.

Ahora, según el material probatorio allegado al plenario, no se evidencia que el demandante hubiera sido valorado para calificación de pérdida de su capacidad laboral, ni se establece que para el momento de la desvinculación padeciera de ninguna limitación física, lo que conduce a concluir válidamente que, la terminación de su contrato de trabajo no ocurrió por esta situación, en consideración a que se insiste, para la fecha de finalización del vínculo, no había sido calificado por las entidades competentes, ni se podía considerar como una persona con discapacidad física. En conclusión, el actor para el momento en que el empleador finalizó su vínculo laboral no estaba amparado por la estabilidad reforzada prevista en la Ley 361 de 1997.

Cabe precisar que la Corte Constitucional en la sentencia SU-049 de 2017, indicó: "*se ha amparado el derecho a la estabilidad ocupacional reforzada de quienes han sido desvinculados sin autorización de la oficina del Trabajo, aun cuando no presenten una situación de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, ni cuenten con certificación que acredite el porcentaje en que han perdido su fuerza laboral, si se evidencia una situación de salud que les impida o dificulte*

sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares.", presupuesto que no aplica en este caso, como quiera que ninguna prueba demuestra que el demandante tenga un padecimiento que le dificulte el desempeño de la actividad laboral para la que estuvo inicialmente contratado y a la que fue posteriormente reintegrado; así mismo se debe tener en cuenta que según los apartes de su historia clínica incorporados a folios 33 a 59, si bien dan cuenta del padecimiento que en su momento le aquejó, y que le generaron incapacidades médicas, lo cierto es que según lo confesado por el propio demandante al absolver interrogatorio de parte actualmente no cuenta con incapacidades ni restricciones médicas y aunque manifieste que tiene pendientes tratamientos médicos eso no lo califica como persona discapacitada, por lo cual dijo ejercer sus actividades laborales de manera normal, desde la fecha de su reintegro ordenado por vía constitucional y cumplido por la parte demandada.

Acorde con lo discurrido, es evidente que para fecha en que ocurrió el despido, no se encontraba el demandante en ninguna de las situaciones contempladas en la norma que regula el tema de la estabilidad laboral reforzada para ser tenido como trabajador en estado de debilidad manifiesta, lo que descarta que la finalización del vínculo laboral hubiese tenido como motivación su condición física, sin que pueda pretenderse que su vinculación laboral se mantenga de manera indefinida con base en tal situación, al respecto cabe citar otro de los apartes de la sentencia ya reseñada que en lo pertinente señaló:

> *"En otras palabras, la legislación que protege la estabilidad de los trabajadores en condiciones de discapacidad relevante no consagra derechos absolutos o a perpetuidad a favor de este sector de la población, los cuales puedan ser oponibles en toda circunstancia a los intereses generales del Estado y de la sociedad, o a los legítimos derechos de otros, entre ellos los del empleador. Así lo sostuvo la propia Corte Constitucional en la sentencia C-531 de 2000 al estudiar este punto. Esto significa que no le corresponde al empleador asumir la responsabilidad de tener contratado a este trabajador indefinidamente, a pesar de que sea imposible el cumplimiento de la obligación esencial a cargo del trabajador, como es la prestación personal del servicio, porque la discapacidad resultare incompatible e insuperable en el cargo desempeñado o cualquier otro que haya dentro de la empresa. Es decir,*

la responsabilidad del empleador de garantizar la estabilidad laboral en estos casos va hasta cuando la discapacidad laboral le permita al trabajador prestar el servicio en los puestos de trabajo que existan dentro de la empresa. Por tal razón, del mismo texto del artículo 26 en comento, en concordancia con la sentencia C-531 de 2000 de la Corte Constitucional, se colige que, si se presenta la situación de que la discapacidad haga imposible la prestación del servicio por parte del trabajador, el retiro del trabajador por este motivo no se puede considerar discriminatorio."

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto absolvió de las pretensiones de la demanda.

COSTAS. Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de septiembre de 2020, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Esta decisión se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR GLADYS RODRIGUEZ WILCHES contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 023 2017 00723 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., en razón al incumplimiento de los deberes legales de información los cuales generaron un error de hecho que vicio su consentimiento. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 27 de noviembre de 1960, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 30 de abril de 1994, fecha en que se trasladó a

Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 33 y 288 de la Ley 100 de 1993, Ley 663 de 1993, Decreto 656 de 1994, Decreto 692 de 1994, los artículos 1502, 1508, 1510,1511, 1740, 1741, 1742, 1746 del Código Civil; así como también la sentencia C-993/06 de la Corte Consitutucional y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31314, 31989 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 81 a 98, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación a la AFP PORVENIR S.A se encuentra vigente y goza de plena validez. Propuso las excepciones de carencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de interés moratorios e indexación, compensación y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 123 a 129, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que el traslado se efectuó con el lleno de los requisitos establecidos por la Ley 100 de 1993, aunado a ello resaltó que no se acredita dentro del plenario prueba sumaria que conduzca a lo deprecado por la parte actora. Propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante GLADYS RODRIGUEZ WILCHES al régimen de ahorro

individual con solidaridad administrado por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante GLADYS RODRIGUEZ WILCHES, como cotizaciones, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.
TERCERO: DECLARAR que la demandante GLADYS RODRIGUEZ WILCHES para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.
CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
QUINTO:CONDENAR EN COSTAS: a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
SEXTO: ORDENAR así fuere apelado el fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información completa y suficiente de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar se revoque en su integridad la sentencia, ya que no procede la declaratoria de ineficacia del traslado, por cuanto de manera expresa la norma prevé que para que se de esa declaratoria deben existir actos con dolo que atenten en contra de la afiliación, situación que manifestó no se alego, pues contrario al A quo el formulario de afiliación es la materialización de que la información se da de manera verbal y para el año 1994 no existía el deber de documentar, luego el Fondo cumple de

manera literal las normas expedidas para el momento en que se hace la vinculación con la parte actora, aunado a ello señalo que en relación a la condena en gastos por administración no resulta procedente ya que de acuerdo al articulo 113 del literal b de la Ley 100 de 1993, lo único que se debe trasladar son los aportes y los rendimientos.

A su vez el apoderado de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia en al radicar su inconformidad en que la demandante se encuentra válidamente en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues si bien se conoce la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no debe dejarse de lado que debe estudiarse las particularidades del caso, ya que del interrogatorio de parte se extrae que la información brindada genero que la actora tomara una decisión clara y consciente al momento de suscribir la afiliación con PORVENIR S.A., en consecuencia, argumentó que se presenta oposición en protección al principio de sostenibilidad financiera del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar

resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en*

los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 131, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 21 de abril de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en año de 1994 recibió en su lugar de trabajo en el restaurante Casa Brava a unos asesores de Porvenir quienes le informaron de forma general que se podía pensionar de manera anticipada y que podrían devolver los aportes

efectuados, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias sl 17595-2017 Y sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 28 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR DORIS ROJAS ACEVEDO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 023 2019 00432 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de septiembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., en el año de 2000, en razón a que no hubo una real asesoría que incluyera una información veraz en cuanto a la manera, tiempo, monto de la mesada pensional. Como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 2 de noviembre de 1959, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales cotizando en calidad de trabajadora dependiente hasta el año 2000, año en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 14,15, y 35 del Decreto 656 de 1994, el artículo 64 de la Ley 100 de 1993, Ley 797 de 2003, Ley 860 de 2003; así como también las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 47646, 19447,N 46292, 17595, 54814, 47125.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 59 a 69, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que a la fecha la demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS, administrado por Porvenir S.A., la cual se encuentra debidamente acreditara la voluntad de trasladarse y suscribir formulario de afiliación. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 92 a 127, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la afiliación de la demandante con el Fondo fue producto de una decisión libre de presiones o engaños, tal y como se observa en la declaración escrita que refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, documento que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de septiembre de 2020, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante DORIS ROJAS ACEVEDO al régimen de ahorro individual con solidaridad administrador por la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante DORIS ROJAS ACEVEDO, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.
TERCERO: DECLARAR que la demandante DORIS ROJAS ACEVEDO para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima con prestación definida, hoy administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, por las razones expuestas.
CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se sura el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información completa y suficiente de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras del cambio del régimen pensional, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación para solicitar que se absuelva al Fondo las condenas impuestas en primera instancia, como fundamento manifestó que el deber de información mediante el formulario de afiliación no es ningún capricho sino es un documento necesario y elemental comoquiera que se configura en el articulo 56 del CGP en un imperativo, luego ese deber de información se realizo conforme a las exigencias de la época en la cual se afilio la demandante, además de ello señalo que en referencia a los gastos de administración, Porvenir S.A ha cumplido con el contrato con la actora y por tal razón no es posible acceder a la devolución de esos dineros por lo

que esos pagos adicionales conllevarían a un enriquecimiento sin justa causa.

A su vez la apoderada de COLPENSIONES pidió revocar la sentencia al radicar su inconformidad en que no existen vicios del consentimiento o dolo en el presente caso, ya que no hay una expectativa legitima para la demandante, comoquiera que al momento del traslado la demandante contaba con menos de 750 semanas y le faltaban mas de 25 años para acceder a la pensión de vejez, así como tampoco era beneficiaria del régimen de transición, por lo que la actora deberá someterse a los mandatos del Sistema General de Pensiones en la cual se encuentra afiliada en este caso Porvenir S.A., señalo que para el año 2000 los fondos solo tenían la obligación de brindar información sobre las condiciones del traslado, por lo tano hay lugar a la ineficacia solicitada.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar

resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en*

los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 123, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 16 de marzo de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2000, recibió en su lugar de trabajo el Fondo de Promoción de la Cultura un asesor de PORVENIR S.A., de forma individual le informó que el Seguro Social se iba a liquidar y que por ello lo mejor era trasladarse a

los fondos de pensión porque tenían una solidez financiera y eran directamente vinculados con las entidades bancarias, sin que le explicara ninguna característica diferente.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 Y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de septiembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JAIRO ARBEY RODRÍGUEZ MARTINEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., Y COLFONDOS S.A.**

RADICADO: 11001 3105 023 2019 00433 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 9 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A., y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculado en pensiones al Instituto de Seguros Sociales a partir del 4 de agosto de 1977, hasta el 22 de mayo de 2001, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin suministrar información completa, veraz, adecuada, suficiente y cierta respecto a las prestaciones económicas y beneficios que obtendría y las consecuencias negativas de trasladarse al Régimen de Ahorro Individual.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 33, 106 y141 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el Decreto Ley 3466 de 1982; Ley 1408 de 2011, el artículo 25 de la Ley 1564 de 2012 y el articulo 897 del Código de Comercio, así como también las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31314 y 31989 de 2008, 33083 de 2011, 45173 de 2013, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 259 a 271, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que el actor no tiene derecho a la ineficacia, ya que la afiliación cuenta con validez en tanto obra como soporte las cotizaciones efectuadas por el demandante a dicho Fondo, de manera libre y voluntaria, espontánea y voluntaria, sin que obre soporte alguno que demuestre lo contrario. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, prescripción, falta de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos jurídicos, buena fe, hecho de un tercero, y la genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 280 a 294, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que los traslados realizados se presentaron en virtud del derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra los aportes, siendo el RAIS la elección del demandante., ya que el acto cumplió con todos los presupuestos de ley, y el formulario de afiliación contiene la firma del actor estableciendo de esta manera que no existió presión ni coacción alguna para efectuar el traslado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, prescripción y compensación.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 356 a 357, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la afiliación realizada por parte del demandante del año 2001,

fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorado ampliamente sobre la implicaciones de la afiliación y de indicarle sus condiciones pensionales individuales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 9 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación o traslado del señor JAIRO ARBEY RODRIGUEZ MARTINEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad, efectuado por la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., al igual que del traslado horizontal en el RAIS efectuado a través de la sociedad COLFONDOS S.A., conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.
SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a la sociedad COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, por el periodo de tiempo que estuvo afiliado a cada una de estas entidades, a devolver o trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiesen recibido con motivo de la afiliación del señor JAIRO ARBEY RODRIGUEZ MARTINEZ, como cotizaciones, bonos pensionales, saldos de la cuenta individual, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieran causado, sin la posibilidad de efectuar descuento alguno, ni por administración ni por cualquier concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia del traslado de régimen pensional.
PARAGRAFO: AUTORIZAR a la sociedad AFP PORVENIR S.A., a descontar únicamente los dineros entregados a la sociedad COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, con ocasión al traslado de la parte demandante a dicha administradora.
TERCERO: DECLARAR que el señor JAIRO ARBEY RODRIGUEZ MARTINEZ, para todos los efectos pensionales se encuentra afiliado al régimen de prima media con prestación definida, administrado en su momento por el extinto I.S.S. hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES, por las razones expuestas.
CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.
QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la sociedad ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., y a la sociedad COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS.
SEXTO: ORDENAR así fuere apelado este fallo en su oportunidad, se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA ante el Superior, en razón que las pretensiones son adversas a COLPENSIONES."

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia en muchos pronunciamientos ha concluido que es un deber de las administradoras brindar información clara, cierta, comprensible, oportuna respecto de las características condiciones diferencias, consecuencias de lo que conllevaría trasladarse de régimen y sus consecuencias futuras, así como también resaltó que estos procesos opera la inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, teniendo en cuenta que el fallador de primera instancia consideró declarar la ineficacia del traslado ya que el Fondo no cumplió con el deber de información al momento del traslado, al respecto señalo que los aspectos facticos no son reunidos por el demandante al momento en que se realizó el traslado del régimen, es decir que no se probó un perjuicio que lo conllevara a una afectación a su situación pensional, ya que al momento del traslado lo que convalidaba la voluntad del afiliado era el formulario de afiliación cuando era lo que la misma ley y la reglamentación exigía, informó que teniendo en cuanta la condena impuesta en el numeral segundo en relación a sumas y aspectos adicionales, ya que dicho factor no puede aplicarse debido a la atribución que otorgó la Ley 100 a las administradoras de pensiones.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación con fundamento en que no existen elementos que evidencien vicios del consentimiento en el presente caso, ya que no hay una expectativa legitima para el demandante, comoquiera que a la hora del traslado el mismo contaba con menos de 750 semanas y le faltaban más de 25 años para acceder a la pensión, también advirtió que es necesario tener en cuenta que no era beneficiario del régimen de transición para proceder su regreso en cualquier tiempo.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a

acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento*

histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de***

> ***ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*
>
> *De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.*

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 357 se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 22 de mayo de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en el año 2001 recibió en su lugar de trabajo unos asesores de Porvenir S.A, mediante asesoría individual, sostuvo que le dijeron que el Seguro Social se iba a liquidar y como consecuencia de ello no tendría pensión asegurándole que podría percibir una mejor mesada pensional y podría pensionarse de manera anticipada ; posteriormente se trasladó a COLFONDOS, sin que le dieran en ese Fondo ninguna información diferente a la que había recibido.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias sl 17595-2017 Y sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 9 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MILADIS ARANGO MEDINA contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS.**

RADICADO: 11001 3105 024 2019 00430 01

Bogotá D. C., treinta (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por Colpensiones contra a la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 15 de diciembre de 2020.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES reiteró su solicitud de revocar la sentencia de primera instancia al considerar que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante en el año 2002 a Colfondos S.A., toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante desde el inicio se afilio al RAIS de forma libre y voluntaria teniendo como cierto el formulario de afiliación en cual señala todas las ventajas y desventajas del régimen, las cuales fueron aceptadas por la actora.

A su vez el apoderado de la demandante., sostuvo que su poderdante tiene derecho a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 6 de febrero de 2002, a la Sociedad Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Colfondos S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindo información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como las desventajas de uno y otro sistema de pensiones.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones COLFONDOS S.A., el 6 de febrero de 2002, y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 4 de octubre de 1966, y estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales hasta el 6 de febrero de 2002, fecha en que se trasladó a Colfondos S.A., sin que el asesor de ese Fondo le hubiera suministrado la información necesaria para tomar la decisión

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49, 53,58 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de Ley 100 de 1993, el articulo 10 del Decreto 720 de 1994, así como las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 54814 del 2018, 33083 del 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 78 a 89, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que no se debe desconocer que la actora se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad al no demostrarse la ocurrencia de algún vicio en el consentimiento que hubiere afectado su decisión libre y voluntaria de trasladarse al régimen pensional. Propuso las excepciones de falta de

legitimación en la causa, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, inobservancia del principio de sostenibilidad financiera, inexistencia de la obligación de afiliación, excepción erro de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, presunción de legalidad de los actos jurídicos, y la genérica.

En relación COLFONDOS S.A., según auto de fecha 26 de octubre de 2020, se resolvió tener por no contestada la demanda.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 15 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

> *"PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA de la afiliación de la señora MILADIS ARANGO MEDINA, identificada con C.C.41.910.649 a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS, suscrita el 06 de febrero de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.*
>
> *SEGUNDO:DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MILADIS ARANGO MEDINA, identificada con C.C.41.910.649 nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, siempre perteneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*
>
> *TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora de la señora MILADIS ARANGO MEDINA, identificada con C.C.41.910.649 como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el articulo 1746 del C.C., sin hacer deducción alguna, debiendo trasladar lo que haya deducido por concepto de gastos de administración de los aportes que hizo la demandante, los cuales debe asumir con su propio patrimonio.*
>
> *CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir a la señora MILADIS ARANGO MEDINA, identificada con C.C.41.910.649 como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba*

los dineros de SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS.
QUINTO: DECLARAR no probadas la excepción de prescripción.
SEXTO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.
SEPTIMO: en caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida con fundamento en que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión tomada por la actora en relación al traslado, pues se están afectando los intereses de la entidad y la descapitalización del fondo poniendo en riesgo las pensiones de las personas que toda su vida laboral han realizado las aportes al régimen de prima media, resaltó que la entidad se encuentra vinculada de manera residual, ya que de declararse la ineficacia del traslado tal efecto no puede ser endilgado pues al que le existía la obligación de brindar una información clara y oportuna era a los fondos privados al momentos de la suscripción del formulario de afiliación y no al régimen de prima media.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso

11001 31 05 033 2016 00655 01, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y

finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba***

únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 12 se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., del 6 de febrero de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2002 recibió en su lugar de trabajo una asesora de Colfondos le informó que el Seguro Social se iba a liquidar y que la mejor opción era trasladarse a un fondo privado, por tal motivo manifestó que la mencionada asesora lleno el formulario y ella solo lo firmo.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 15 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JORGE ENRIQUE MEJÍA VELASQUEZ contra **ISVI LTDA.**

RADICADO: 11001 3105 025 2018 00457 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021)

SENTENCIA

Resuelve la Sala el recurso de apelación presentado por el apoderado de la sociedad demandada contra la sentencia proferida el 20 de octubre de 2020, por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá.

I. ANTECEDENTES

El actor solicitó se declare que la renuncia por él presentada y que dio lugar a la terminación del contrato de trabajo obedeció a justa causa imputable al empleador, por lo cual pretendió la condena por concepto de indemnización por despido indirecto, la cual pidió se liquide con el salió promedio devengado en el último año de servicio.

Como fundamentos fácticos de esas pretensiones manifestó que desde el 1º de diciembre de 2012 se vinculó como trabajador de la empresa demandada en el cargo de vigilante, mediante contrato de trabajo a término fijo; informó que desde el inicio del contrato prestó sus servicios en el Campo Rubiales ubicado en el municipio de Puerto Gaitán, con una remuneración compuesta por un salario básico y unos beneficios como hospedaje, comida, lavado de ropa, arreglo de habitación, transporte desde el campamento hasta el sitio de trabajo y un bono de campo por $50.000 al mes. Señaló que el 16 de febrero de 2015, la demandada le

comunicó la decisión de trasladarlo a Bogotá y que se le pagaría la remuneración básica de $1'481.000, pero sin inclusión de los referidos beneficios que percibía, por lo cual consideró que el traslado de sede y el no pago de las sumas que percibía constituían una desmejora en las condiciones laborales lo que motivó su renuncia comunicada el 16 de febrero de 2015 a su empleador y teniendo en cuenta que la empresa continuó prestando servicios en Puerto Gaitán con personal nuevo, solicitó la indemnización por despido indirecto la cual le fue negada.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante escrito incorporado a folios 85 a 92 del expediente la sociedad demandada por medio de apoderado dio contestación a la demanda, fundamentó su oposición en la inexistencia del despido indirecto aducido por el actor, quien desde el inicio del contrato de trabajo aceptó ser trasladado a otra ciudad cuando así se requiriera; sostuvo que ese traslado obedeció a la disminución de los puestos de trabajo. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, con sentencia del 20 de octubre de 2020, resolvió*:*

"PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JORGE ENRIQUE MEJÍA VELÁSQUEZ y la sociedad demandada ISVI LTDA., existió una relación laboral a término fijo a partir del 1º de diciembre de 2012 y hasta el 16 de febrero de 2015 para desempeñar el cargo de vigilante, con ingreso variable final de $2'616.074.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad demandada ISVI LTDA. al reconocimiento y pago de $25.027.106 por concepto de indemnización por despido indirecto e injusto a favor del aquí demandante señor JORGE ENRIQUE MEJÍA VELÁSQUEZ, suma que deberá indexarse al momento de su pago por lo motivado.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada ISVI LTDA. y a favor del demandante por la suma de $2'500.000."

Para sustentar su decisión el A quo se refirió al concepto jurídico del ius variandi, así como a su desarrollo jurisprudencial y sostuvo que en el juicio se demostró que los derechos del trabajador se vieron lesionados con el traslado ordenado por su empleador y al verse en detrimento su situación familiar al no poder permanecer en la ciudad donde reside con su cónyuge y sus menores hijos se vio forzado a presentar renuncia a su cargo al haberle generado un traumatismo con el traslado, el cual se pudo evitar permitiéndole continuar su labor en el lugar en el cual siempre lo había hecho, sin que se demostrara en el juicio el argumento expuesto respecto de la disminución de puestos de trabajo en la ciudad en que laboraba para tomar esa decisión de trasladarlo; reiteró que se menoscabó la situación laboral del trabajador al obligarlo a cambiar de ciudad para continuar vinculado laboralmente y aducir que el contrato se había suscrito en Bogotá y por eso se dispuso su regreso cuando en esta ciudad nunca ha vivido, ni laborado el demandante, quien tiene su núcleo familiar en Villavicencio lugar cercano a la sede de trabajo, por lo cual determinó que la parte empleadora incurrió en un ejercicio abusivo del poder subordinante y actuó de manera omnímoda, desbordando el ius variandi. Frente al salario que determinó en la sentencia, dijo haberlo obtenido de la liquidación de los promedios mensuales devengados por el trabajador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDADA

Sostuvo que el Juzgado desconoció en la sentencia que el trabajador continuó laborando desde el 21 de mayo hasta el 9 de junio de 2015 al suscribir un nuevo contrato con la demandada; adujo que no se logró probar que efectivamente la orden de traslado se cumplió porque el viaje del actor a Bogotá era para efectos de anunciarle la posibilidad del traslado, para que se pudiera pactar el lugar de trabajo por lo que en la sentencia no se podían establecer tales efectos del traslado que no se realizó. Dijo apartarse igualmente de la decisión adoptada frente al monto salarial que se tuvo por acreditado en la suma de $2’664.000, cuando dice que correspondió a $1’728.454. Manifestó que el demandante en su interrogatorio de parte sostuvo haberse desplazado a Bogotá sin conocer las razones por las que había sido citado, cuando era precisamente para

evaluar, revisar y concertar lo referente a la modificación del lugar de trabajo. Reiteró que al haber continuado laborando el trabajador "queda en el aire si hay lugar a la indemnización cuando éste persiste en la relación laboral efectuando actividades iguales o nuevas a las que venía ejecutando en el contrato anterior"; argumentó que el operador judicial no está llamado a modificar los pactos que no hayan sido ineficaces como en este caso en que de manera clara las partes pactaron para todos los efectos legales que el lugar de trabajo sería la ciudad de Bogotá.

C O N S I D E R A C I O N E S

De acuerdo con lo previsto en el artículo 66A del CPL y SS, la Sala estudiará si el contrato de trabajo del actor terminó por justa causa, así como las circunstancias que rodearon esa desvinculación para establecer si procede o no la indemnización por despido indirecto y de ser así determinar su monto.

En esta instancia, no se encuentra en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual estuvo vigente entre el 1º de diciembre de 2012 y hasta el 16 de febrero de 2015, pues así lo aceptó la convocada a juicio al dar contestación a la demanda y se corrobora con la prueba documental incorporada al expediente (fls. 35-37, 93-97 y 104)

Igualmente, se encuentra demostrado que la terminación del vínculo laboral obedeció a la decisión unilateral del trabajador expresada en la comunicación de fecha 16 de febrero de 2015 (fl. 39).

Es necesario considerar que según lo establecido por el artículo 7.º del Decreto 2351 de1965, existen unas circunstancias que dan lugar a justa causa para terminación del contrato de trabajo por cualquiera de las partes, las que se encuentran determinadas en el artículo 62 del C.S.T.

También se debe tener cuenta que en reiteradas ocasiones la H. Corte Suprema de Justicia, ha dicho que al trabajador le corresponde demostrar el hecho del despido y al empleador la justa causa en que se apoyó esa decisión, y para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato debe comprobar que existió una de las causales señaladas en la ley.

Así mismo, ha sostenido la jurisprudencia que para calificar como justo el despido, es necesario motivarlo en causal reconocida por la ley, y probar en juicio la veracidad de la misma, adicionalmente se deben cumplir las formalidades o ritos necesarios plasmados en normas laborales, convencionales o en reglamentos internos y en caso de no observarse dichos procedimientos el despido puede ser calificado como ilegal, aunque exista la justa causa que lo motive.

Frente al despido indirecto, que invoca el demandante para reclamar la indemnización, se debe hacer una precisión conceptual, para lo cual el Despacho cita lo dicho por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en reiterada jurisprudencia, así:

> *"… el auto despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador. En este caso, los hechos o motivos aducidos por el dimitente deben ser alegados al momento del rompimiento del vínculo contractual (par. art. 7º decreto 2351 de 1965) y estar contemplados como justa causa de terminación, en el literal b) del artículo 7º del decreto 2351 de 1965, debiendo ser notificados, además, al empleador con tanta oportunidad que no quede duda que la dimisión obedece realmente a los hechos alegados y no a otros distintos. "*
>
> *"Es necesario establecer entonces en cada caso cuál fue el comportamiento de cada una de las partes al presentarse la terminación unilateral del contrato de trabajo, ya que las consecuencias que se derivan de tal tipo de fenecimiento dependen de la conducta asumida por cada uno de los contratantes".*
> *"Así, cuando es el empleador quien manifiesta la decisión de terminar el vínculo laboral, manifestación que puede ser verbal, escrita o por hechos inequívocos, se tratará de un despido puro y simple que resultará justo o injusto según se alegan o no y, en el primer caso se demuestren debidamente las causas que lo motivaron.* ***Y si tal decisión proviene del trabajador a causa de incumplimiento de sus obligaciones por parte del empleador, así debe hacérsele saber a éste en el momento de darle término al contrato. Y si el trabajador demuestra ese incumplimiento podrá decirse que hubo un despido indirecto imputable al empleador".***
> *"**De lo contrario, habrá una simple terminación del contrato por parte del trabajador,** que le ocasionará las consecuencias previstas por la ley para ese obrar ilegítimo". (CSJ, Cas. Laboral, Sec. Segunda, sent. jul. 7/88, reiterada en los Radicados 13648 y 50891 SL14220-2017)*

En esa medida, debe acreditar la parte contractual que fenece el contrato por iniciativa unilateral –*en caso de autos el trabajador-*, en primera medida, el cumplimiento de las obligaciones parágrafo único del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, que obliga, en el momento de la extinción, a expresar la causa o motivo de la ruptura, para que la parte que termina unilateralmente el vínculo contractual no pueda sorprender posteriormente a la otra alegando motivos extraños que no adujo o distintos del que manifestó como justificativo de la terminación. El incumplimiento de esta obligación bien sea por omisión total o manifestación extemporánea, o de invocación de una causa distinta a la alegada inicialmente, les quita toda validez a esos motivos y hace que la terminación del contrato corresponda a una simple renuncia, que no da lugar a beneficiarse con la indemnización.

De acuerdo con lo probado en el juicio y teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales antes citados, resulta evidente que en el presente caso el actor demostró que la renuncia por él presentada tuvo directa relación con la situación de su cambio de lugar de trabajo, pues en su misiva del 16 de febrero de 2015 (fl. 39), de manera clara señaló en lo pertinente:

"*Manifiesto a ustedes que no estoy de acuerdo con el cambio de las condiciones laborales las cuales fueron firmadas unilateralmente en el contrato de trabajo…el lugar de mi residencia carrera 16 N° 44 A 28 Barrio Villa Suárez de Villavicencio y laboraba en campo rubiales. El cambio de condiciones laborales se hace lesivo para mi y mi familiar porque vivo con mi esposa y cinco hijos, tenemos asiento en Villavicencio Meta.*

Al realizar el cambio me veo lesionado en las condiciones económicas, sociales y laborales. Toda vez que al estar en Bogotá tendría que cambiar de domicilio.

Si ustedes no me mantienen las calidades de trabajo, firmadas entre las partes, dejo mi cargo en las condiciones establecidas en artículo 64 del Código del Trabajo."

En la respuesta dada por la sociedad empleadora, mediante la cual es aceptada la renuncia presentada por el trabajador (fl. 40), su Gerente de Gestión Humana le manifestó:

"Como se le comunicó en carta de febrero 16 de 2015, la razón de su regreso a la ciudad de Bogotá se originó por la disminución de puestos de trabajo en Campo Pacific y no a un hecho deliberado o mal intencionado de

nuestra parte y porque como consta en el contrato el lugar de su contratación fue la ciudad de Bogotá."

De acuerdo con lo probado en el juicio y teniendo en cuenta los parámetros jurisprudenciales antes citados, resulta evidente que en el presente caso el actor demostró que la renuncia por él presentada tuvo directa relación con las situaciones de presión laboral de que fue objeto, al disponer su empleador un traslado del lugar de trabajo sin tener en cuenta su particular situación familiar que se vería afectada con el cambio de ciudad, considerando que para ese momento su hogar estaba conformado por su cónyuge y cinco hijos menores de edad, lo cual hace evidente la imposibilidad de desplazarse de Villavicencio a Bogotá, más aun teniendo en cuenta que ya no devengaría la misma asignación , pues al respecto la demandada le manifestó (fl. 40) "*los beneficios adicionales que recibía en Campo, son otorgado considerando el trabajo en campo, turnos, hora extras, trabajos diurnos y nocturnos y otros factores, que no se dan regularmente en esta ciudad"*, refiriéndose a Bogotá.

En tal sentido no puede decirse que esa decisión de dar por terminado su contrato de trabajo obedeció a su libre arbitrio, sino que en la misma influyó de manera directa su empleador, pues las referidas pruebas demuestran que el trabajador no renunció a su cargo de manera libre y voluntaria, sino debido a situaciones externas y ajenas a su voluntad que probadas en este juicio conducen a determinar la existencia de una renuncia inducida por la conducta irregular del administrador frente a la forma de imponerle las labores a realizar en una ciudad diferente a la sede en que siempre laboró y argumentando que al haberse suscrito el contrato en la ciudad de Bogotá se debía asumir ésta como lugar de prestación del servicio, cundo en ese sentido nada se estipuló en el contrato de trabajo y por el contrario si se dejó plasmado en su texto que el trabajador reside en Villavicencio (fl. 35-37).

Tal situación a la luz de las normas laborales da lugar al reconocimiento de la indemnización por despido indirecto que con razón estableció el Juzgado en la sentencia recurrida, sin que para imponerla fuera necesario

que estudiara todas y cada una de las causales invocadas por el trabajador en su carta de renuncia, toda vez que con configurarse una de ellas es suficiente para que se establezca que su dimisión no fue voluntaria.

Ahora bien, no desconoce la Sala que la jurisprudencia en materia laboral ha señalado que las acciones del empleador no pueden estar condicionadas o sometidas a los intereses personales de cada uno de sus trabajadores y, por ende, las razones de la buena prestación del servicio priman sobre las subjetivas que oponga el empleado trasladado, pues de lo contrario la movilidad geográfica en el ejercicio de una actividad de empresa sería absolutamente imposible, toda vez que es lógico partir de la base que una determinación en ese sentido alguna incomodidad genera para quien se le ordena el traslado de ciudad; pero ello tampoco le permite al empleador desconocer fundamentos de carácter jurídico-legal para ordenar el traslado de un trabajador con abuso del derecho de variación; por ello mismo, la actitud del trabajador de no atender la orden que en ese marco se le impartió, deviene en causa justa para romper su contrato laboral, como al efecto lo dispuso, pues es evidente que a los trabajadores les asiste el derecho a la inamovilidad del cargo, de las funciones o del lugar de trabajo, sin que en este caso las partes desde un comienzo hubieran pactado en forma expresa tal situación, además debe tenerse en cuenta que por la naturaleza del cargo del actor "*personal operativo*", no es precisamente de suyo la necesidad del desplazamiento a varios puntos de la empresa, pues no fue ese precisamente el objeto del contrato que suscribieron las partes y en esa medida la orden de cambiar de lugar de trabajo constituye una arbitrariedad del empleador, pues en labores donde el objeto del contrato no conlleva de por si el cambio de lugar de ejecución del mismo, como ocurre en este caso, no se permiten tales cambios, los cuales no están amparados en la figura del "IUS VARIANDI", que le permite al empleador realizarlos; así lo ha aceptado reiterada jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar:

"…No se desconoce la importancia que para el trabajador tiene la estabilidad de un cargo, cualquiera que sea su antigüedad en el mismo, ni la conveniencia de la concertación en los cambios de oficio, pero ello no significa la imposibilidad de movimientos dentro de una planta de personal que tengan una justificación y no impliquen detrimento en las condiciones en que el trabajador viene prestando sus servicios. No en vano se contempla como justa causa de terminación del contrato en forma unilateral por el trabajador, "La exigencia del empleador, sin razones válidas, de la prestación de un servicio distinto, o en lugares diversos de aquel para el cual se le contrató", lo que conlleva tener por legítimas tales exigencias cuando están respaldadas por razones válidas…" (sentencia 10728)

En este caso la parte demandada no esgrimió razones válidas y de peso que justificaran el cambio del lugar de prestación del servicio del trabajador, pues solamente mencionó que se redujeron los cargos en esa sede en que realizaba el actor sus labores, sin demostrar nada al respecto, ni tener en cuenta las justificadas razones que tuvo el demandante para solicitar que no se le efectuara ese traslado, como con acierto lo concluyó el a quo.

Frente al argumento del recurrente de existir un posterior contrato de trabajo suscrito entre las partes, lo cual a su juicio no daría lugar al reconocimiento de la indemnización por despido, se debe enfatizar que nada de eso se mencionó en la contestación de la demanda, toda vez que en forma clara manifestó la enjuiciada que "*la relación laboral feneció con ocasión de la renuncia voluntaria presentada por el extremo actor y que se hizo efectiva a partir del día dieciséis (16) de febrero de dos mil quince (2015)*", siendo efectuada la liquidación definitiva del contrato de trabajo con ese extremo temporal final (fl. 104) y aunque se aportó en fotocopia a folios 98 a 102 el formato de un contrato de trabajo a término fijo de fecha 22 de mayo de 2015 con vigencia de 19 días hasta el 9 de junio de 2015, sin que exista prueba alguna de que este se haya ejecutado y si ello hubiera ocurrido la sociedad

demandada debió demostrar que le efectuó los pagos que con esa vinculación se generarían por concepto de prestaciones sociales, omisión que bien pudo dar lugar a reclamaciones del actor por concepto de sanciones e indemnizaciones derivadas de ese incumplimiento.

Finalmente, en cuanto a la inconformidad del recurrente con el salario promedio determinado en la sentencia de primera instancia, se debe señalar que causa extrañeza que haga referencia a un salario de $1’728.454, cuando de manera clara se evidencia con la liquidación final del contrato que obra a folio 104 del expediente que el salario tomado por la propia sociedad empleadora correspondió a la suma de $2’616.074, que fue el tomado por el a quo para determinar el monto de la condena por concepto de indemnización por despido, la cual se tasa de acuerdo con el tiempo faltante para la culminación del contrato a término fijo que en este caso correspondió a 9 meses y 17 días, para un total de 287 días que multiplicados por el salario diario de $87202.46 ($2´616.074 mensual) arroja una indemnización por valor de $25’027.106, suma que corresponde con la determinada por el A quo en la sentencia de primera instancia, la cual como lo indicó se debe pagar de manera indexada.

Por las razones expuestas se confirmará en su integridad la sentencia recurrida.

Costas en el recurso a cargo de la parte demandada, incluyendo como agencias en derecho la suma de $700.000 que se liquidarán en su momento procesal oportuno.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., el 20 de octubre de 2020, conforme se expuso.

SEGUNDO: COSTAS en el recurso a cargo de la parte demandada incluyendo como agencias en derecho la suma de $700.000 que se liquidarán en su momento procesal oportuno.

La sentencia se notificará mediante edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

INCLÚYASE en la liquidación de costas, como agencias en derecho a cargo de la parte demandada, la suma de SETECIENTOS MIL PESOS ($700.000).

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS ENRIQUE LOPEZ LOPEZ contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 026 2018 00558 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de Porvenir S.A., y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 11 de noviembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A, el día 28 de junio de 1996 , en razón la omisión del fondo de informar de manera clara , completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente, respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen pensional y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo vinculada en pensiones al Instituto de Seguros Sociales desde el 10 de noviembre de 1983, hasta 28 de junio de 1996, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de ese Fondo le hubiera brindado la información necesaria para adoptar la decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 60 y 97 de Ley 100 de 1993, los artículos 48 y 78 de la Constitución Nacional; así como también las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación como aparece de folios 51 a 54, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la afiliación a la AFP PORVENIR S.A se encuentra vigente y goza de plena validez. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 87 a 115, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la afiliación realizada por la parte demandante con el Fondo fue producto de una decisión informada, libre de presiones o engaños, tal y como se aprecia en la solicitud de vinculación, documento público, en el que se observa la declaración escrita a que se refiere el artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de noviembre de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR, ineficaz el traslado realizado por el señor CARLOS ENRIQUE LÓPEZ LÓPEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir de junio de 1996, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., trasferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados y sin que haya lugar a descuentos por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, aceptar la trasferencia señalada en el numeral anterior y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: DECLARAR, no probadas las excepciones propuestas conforme lo expuesto.

QUINTO: CONDENAR en costas a las demandada FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A fijándose como agencias en derecho la suma de $800.000."

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que para que se entienda que la afiliación se diera de manera libre y voluntaria se debe verificar que la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez los beneficios que obtendrían; aunado a ello establece que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados del sistema pensional a fin de que los mismos pudieran tomar una decisión consciente y voluntaria sobre su futuro pensional, así como también la carga de la prueba se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación con fundamento en que el demandante fue debidamente informado en 1996 cuando generó el traslado, señaló que el actor no es beneficiario del régimen de transición y además de ello no generó ningún tipo de trámite para retornar al régimen de prima media, sino cuando ya se encontraba

inmerso en la prohibición legal, agregó que para declarar la ineficacia del traslado debe existir una conducta dolosa la cual no fue probada en el presente proceso, asimismo manifestó que el documento de afiliación es documento válido y se presume autentico, el cual no fue tachado de falso, aunado a ello resaltó que en relación a las condenas impuestas de gastos de administración argumentó que dichos gastos no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos de la prescripción.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de**

información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.*
>
> ***2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado***
>
> *Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.*
>
> *La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.*
>
> *Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:*

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo, acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le

perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 116, se evidencia formulario de afiliación a PORVENIR S.A., del 28 de junio de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, se establece que en su lugar de trabajo recibió una persona de talento humano y un asesor de Porvenir S.A., quienes le informaron que el Seguro Social se iba a liquidar y que el Fondo tenía unas mejores condiciones en donde los ahorros se los entregarían en cheque.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del

traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias sl 17595-2017 Y sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó el demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 11 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA TERESA VELA URREGO contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORADE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.- A.F.P PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 026 2020 000046 01

Bogotá D. C., treinta y uno (31) de mayo de dos mil veintiuno (2021).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de las demandadas Skandia y Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta por parte de Colpensiones., contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de diciembre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la nulidad de traslado que realizó al Fondo de pensiones PORVENIR S.A el día 1 de mayo de 2003, así como también el traslado efectuado a OLD MUTUAL y como consecuencia de la referida declaración, solicitó se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que estuvo afiliada y cotizando en pensiones al Instituto de Seguros Sociales a partir febrero de 1994, hasta el 30 de abril de 2003, fecha en que se trasladó a Porvenir S.A., sin que fuera informada sobre los riesgos de cambiarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20,48, 78 de la Constitución Nacional, los artículos 13, 60, 64 y 97 de la Ley 100 de 1993, el artículo 1746 del Código Civil, los artículos 1232 y 1243 del Código de Comercio, así como también las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 y 31314 de 2008, 33803 de 2011, 46292 de 2014, 19447 del 2017, 17595 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

OLS MUTUAL hoy SKANDIA., dio contestación como aparece de folios 125 a 151, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que la demandante ya venía de estar afiliada con HORIZONTE S.A., luego tenía conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes, por lo que la asesoría en el caso particular se tomaba más en una reafirmación de los argumentos ya conocidos por la actora. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 230 a 238, en el que se opuso a todas las pretensiones, como fundamento de ello manifestó que obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por actora al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del régimen de prima media. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administración.

PORVENIR S.A. contestó la demanda allegó con el escrito visible a folios 276 a 296, en el que se opuso a todas las pretensiones, por medio de la cual señaló que la afiliación en Horizonte SA., fue producto de una decisión libre e informada, después de haber recibido una asesoría amplia sobre las implicaciones de su decisión del funcionamiento del RAIS, tal como se aprecia en la solicitud de vinculación documento público que se presume autentico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del mes de marzo de 2003.

SEGUNDO:CONDENAR a SKANDIA a trasferir a COLPENSIONES la totalidad de los aportes del demandante junto con los rendimientos causados y sin que haya lugar a descuentos por concepto de cuota de administración, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO:CONDENAR a COLPENSIONES para que acepte el traslado y tenga en cuenta para todos los efectos los efectos pensionales los aportes realizados por la demandante.

CUARTO:DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.
QUINTO: CONDENAR en costas a PORVENIR, fijando como agencias en derecho la sima de $600.000."

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que para que se entienda que la afiliación se diera de manera libre y voluntaria se debe verificar que la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez los beneficios que obtendrían; aunado a ello establece que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados del sistema pensional a fin de que los mismos pudieran tomar una decisión consciente y voluntaria sobre su futuro

pensional, así como también la carga de la prueba se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de SKANDIA., interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia proferida, respecto a la orden impartida frente a la devolución de los gastos de administración, ya que la decisión tomada se encuentra apartada de los postulados legales que regulan las materia como lo son Decreto 3995 del año 2008, que en su articulo séptimo indica que conceptos deben considerarse en el momento de hacer traslados de recursos entre regímenes sin que se encuentre en el mencionada articulo que deban hacerse traslados de los gastos de administración encontrándose respaldo por parte de la Superintendencia Financiera.

El apoderado de PORVENIR, interpuso recurso de apelación en contra del numeral primero de la decisión proferida con fundamento en que la demandante no era beneficiaria del régimen de transición no puede conllevarse a que se vea afectado su deber de información al momento que suscribió de manera libre y voluntaria con la administradora de pensiones, si bien se le resta importancia al formulario de afiliación era el único documento que se le exigía a las administradoras frente a la voluntad por escrito del afiliado cuando realizaba su vinculación, sin que se pueda exigir requisitos adicionales cuando ni la ley ni la jurisprudencia lo exigían.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, a pesar del criterio expuesto en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional; a partir de la providencia emitida dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, procedió a acatar lo dispuesto por la Sala de Casación Laboral en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, cumpliendo con lo ordenado por la alta Corporación en las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, y las consideraciones que llevaron a la apertura de incidentes de desacato dentro de las mismas, en virtud de las cuales se dictaron las

providencias de reemplazo concediendo las pretensiones de los accionantes en la materia.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante del régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar resultan atendibles las solicitudes de volver al RPM administrado por COLPENSIONES y las demás condenas solicitadas, atendiendo los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Luego entonces, tenemos que el Alto Tribunal de Cierre de la Jurisdicción ordinaria Laboral en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, estableció el alcance del **deber de información** a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la **ineficacia del traslado de régimen** pensional, cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el régimen de Prima Media para acceder al reconocimiento de la prestación.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

> *"Según se pudo advertir del anterior recuento, las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional. Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria al de asesoría y buen consejo, y finalmente al de doble asesoría. Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido.*
>
> *Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo*

cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, ***no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario*** *[…].*

De esta manera, el acto jurídico de cambio de régimen debe estar precedido de una ilustración al trabajador o usuario, como mínimo,

acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado.

En este orden de ideas, la línea jurisprudencial trazada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, citada en la sentencia de tutela que amparo a la accionante destaca lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el 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.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 163 y 274 se evidencia formulario de afiliación a HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., del 20 de marzo de 2003 y posteriormente a OLD MUTUAL hoy SKANDIA., el 7 de marzo de 2008.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, se establece que en el año 2003 recibió en su lugar de trabajo unos asesores de varias administradoras de pensiones, mediante asesoría general, sostuvo que no recuerda en que

momento se traslado a los fondos de pensiones solamente que a medida que se vinculaba a un trabajo firmaba documentos para su vinculación.

Así las cosas, pese a que obra el formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que las administradoras, suministraron a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

> *"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*
>
> *"Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C."*

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de diciembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

LORENZO TORRES RUSSY

MARLENY RUEDA OLARTE

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO