



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

**AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105029201900010-01**

En Bogotá D.C., hoy Treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **JOSÉ ALFONSO MÉNDEZ GUERRERO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ., y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes de folios 205 vto - 215.

ANTECEDENTES

JOSÉ ALFONSO MENDEZ GUERRERO, pretende que se declare las nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS debido a la inadecuada asesoría e inducción en error por el asesor comercial de PORVENIR S.A., así como el traslado entre fondos a PROTECCIÓN S.A por mantenerlo inducido en

error; y en consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A a entregar los respectivos bonos pensionales, liquidar el valor de los aportes existentes en la cuenta individual con el respectivo cálculo actuarial, rendimientos financieros, intereses, comisiones, reintegro por el cobro de administración y de servicios financieros deberá enviarlos o depositarlos a su nombre en COLPENSIONES; entidad esta última que deberá recibir el valor de los aportes anteriormente mencionados; y se condene al pago de las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 17 de marzo de 1962; se afilió al RPMPD administrado por el ISS hoy COLPENSIONES el 3 de enero de 1981; realizó cotizaciones desde esa fecha hasta el 30 de junio de 1990 con un total de 286.71 semanas; se trasladó del ISS a PORVENIR S.A en el mes de diciembre de 2002; al momento del traslado el asesor comercial no le informó acerca de las consecuencias del cambio de régimen; en ningún momento presentó solicitud formal en la que conste que la selección al RAIS la había tomado exento de error, fuerza o dolo y con absoluto conocimiento de sus consecuencias; PORVENIR S.A a través de su asesor comercial, diligenció un formulario de solicitud de vinculación, sin advertir que ese formulario lo iba a trasladar de régimen pensional sin informarle las ventajas y beneficios que tendría de seguir cotizando en el RPMPD en cuanto a la edad y monto de la pensión, manifestándole que de no trasladarse perdería los aportes efectuados al ISS pues iba a desaparecer y el Gobierno Nacional no garantiza el reconocimiento y pago de las pensiones a los que mantuvieran el RPMPD, prometiéndole que su pensión sería reconocida al cumplir 60 años de edad, sin exhibirle tampoco acreditación alguna demostrando su preparación y capacitación en un tema de alta complejidad, ni explicarle las ventajas y desventajas de ambos regímenes o la posibilidad de efectuar aportes voluntarios; se trasladó de PORVENIR S.A a PROTECCIÓN S.A en diciembre de 2004 al ofrecerle mejores rendimientos financieros y sosteniéndole mejores ventajas pensionales prometidas por el asesor de PORVENIR S.A manteniéndolo inducido en error, no cumpliendo con el deber de información y buen consejo; el asesor de PROTECCIÓN S.A no elaboró cuadros comparativos de uno y otro régimen, ni expuso la posibilidad de retornar de nuevo al RPMPD antes de cumplir los 52 años de edad, tampoco le informó de las ventajas y desventajas de ambos regímenes, entre otros aspectos; el 23 de mayo de 2018 una simulación pensional le indicó que su pensión sería de \$1.916.000; de acuerdo con su ingreso base de cotización; cotiza desde el mes de diciembre de 2002 ininterrumpidamente al RAIS; y elevó solicitud de nulidad ante PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES siéndole negada por esta última. (Fls 51-62)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente

a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, la asesoría dada por la AFP PORVENIR S.A, que el actor cotiza a PROTECCIÓN S.A de manera ininterrumpida y la solicitud realizada a COLPENSIONES con su respuesta.

COLPENSIONES propuso las excepciones denominadas prescripción y caducidad, genérica, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y el derecho por falta de causa y título para pedir. (Fls 72-76)

PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (Fls 99-108 vto)

PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones denominadas como declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de PROTECCIÓN S.A, inexistencia de perjuicio, inexistencia la obligación de devolver la comisión de cuotas de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la obligación, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta los derechos de terceros de buena fe, prescripción y la genérica. (Fls 150-159 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de enero de 2020 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante efectuado ante PORVENIR S.A suscrita el 23 de diciembre de 2002, declarando que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo permaneció en el RPMPD; ordenó a PROTECCIÓN S.A devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, rendimientos, igualmente a devolver las cuotas de administración sin lugar a descuento alguno por el término que estuvo afiliado a dicho fondo; ordenó a COLPENSIONES recibir de PROTECCIÓN S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubiere causado y actualizar la historia laboral y no condenó en costas

RECURSO DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia, las apoderadas de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A interpusieron recurso de apelación para

que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

PROTECCIÓN S.A; al mostrarse inconforme con el numeral segundo del resuelve, en el sentido de ordenarle devolver las cuotas de administración, pues la ley 100 en su art. 20 estableció de manera precisa que los fondos tendrían el derecho a hacer el cobro de una comisión por administrar las cuentas de los afiliados y también descontar el valor que se pagaba en los seguros previsionales, debiéndose tener en cuenta la buena gestión de ese fondo ya que género unos rendimientos que están reflejados en la cuenta de ahorro individual del demandante y, atendiendo la igualdad que se debe presentar y el principio de restitución es claro que PROTECCIÓN S.A debe conservar esos dineros.

PORVENIR S.A; en cuanto a que contrario a lo dicho por el A quo, la vinculación del actor se realizó de manera libre y voluntaria, sin que el formulario de afiliación fuera tachado de acuerdo con el art. 243 y 244 del Código General del Proceso, razón por la que se presume auténtico; además el demandante es una persona totalmente capaz y por tanto sabía desde un principio lo que estaba firmando, así mismo, frente al tema del principio de la buena fe sin desconocer el deber de la información, ese fondo cumplió todas las exigencias de ley del momento de la afiliación, esto es, del año 2004 al amparo del concepto emitido por la Superintendencia Financiera donde se informaban las condiciones y los requisitos propios del RAIS y del RPMPD con lo cual se acreditó este deber de información

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PORVENIR S.A y COLPENSIONES solicitan que se revoque el fallo de primera instancia, insistiendo en que no se observó ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido la actora toda la información necesaria, sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones, además que de declarar la ineficacia del traslado se afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por su parte, PROTECCIÓN S.A solicita se revoque el fallo respecto devolución de gastos de administración y el pago de las pólizas de los seguros previsionales, pues esta orden va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, desconociendo el fallador de primera instancia el principio de igualdad que debe existir entre las partes, ya que estos conceptos se generaron por la gestión profesional realizada por el fondo para que dichos recursos crecieran exponencialmente. Por otro lado, la parte actora solicita que se confirme la sentencia de primera instancia ya que se debe tener en cuenta lo desarrollado jurisprudencialmente sobre la carga de la prueba y el deber de información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, y **iii)** si PROTECCIÓN S.A está obligado a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación realizada, lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la

*asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso***". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*"En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada***.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar,

*previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 110 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media a PORVENIR S.A., diligenciado el 23 de diciembre de 2002 con fecha de efectividad del 1° de febrero de 2003, lo que también se corrobora con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 111), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien manifestó que su grado de escolaridad es bachillerato y que trabaja como administrador de una empresa de casinos, en cuanto a las circunstancias de tiempo, modo y lugar indicó que los asesores comerciales de los fondos privados iban a la empresa en busca de clientes y de manera individual en una charla de 10 minutos le ofrecieron trasladarse ya que habían mejores rendimientos económicos y garantías, precisándole que si no se trasladaba a un fondo privado iba a perder lo que aportaba al ISS pues esto era una bomba de tiempo que iba a explotar y que el gobierno no iba a tener recursos para sostener esas pensiones .

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JOSÉ ALFONSO MENDEZ GUERRERO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y

futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 23 de diciembre de 2002 con efectividad a partir del 1° de febrero de 2003 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

En cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengarán entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional,

con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Así las cosas resultan suficientes las anteriores reflexiones para confirmar la sentencia apelada.

Costas en las instancias a cargo de PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, dado el resultado desfavorable de sus recursos.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por JOSÉ ALFONSO MENDEZ GUERRERO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

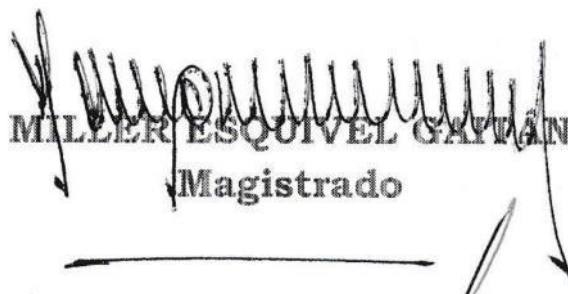
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Fijense como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

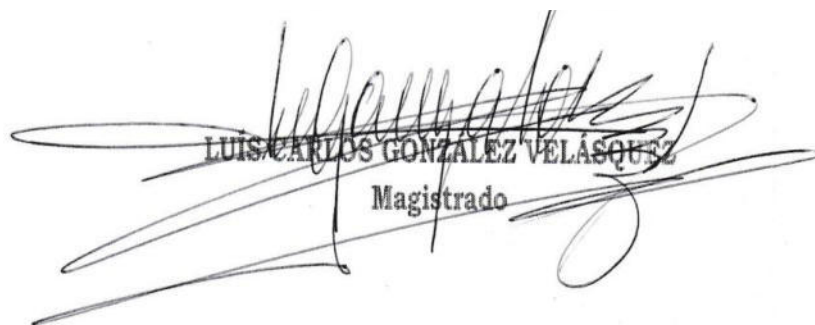
Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105008201900077-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de COLFONDOS S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 3 de diciembre de 2019 por el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **MYRIAM RODRÍGUEZ REYES** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 169 vto - 179.

ANTECEDENTES

MYRIAM RODRÍGUEZ REYES, pretende se declare que existió un vicio del consentimiento en el contrato de administración de pensiones obligatorias suscrito con COLFONDOS S.A pues tanto en la etapa precontractual como en el momento de la ejecución del contrato, se ocultó información sobre los

riesgos que debía asumir cuando suscribió el formulario de vinculación, específicamente el hecho de no haberle informado que el valor de su mesada pensional podía ser inferior a la que recibiría en COLPENSIONES, habiendo incurrido COLFONDOS S.A en omisión al deber de información que tienen las entidades financieras con relación a la comunicación al afiliado de todos los beneficios y desventajas que se tienen en el RAIS y por tanto es nulo el traslado de régimen pensional encontrándose válidamente afiliada a COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A al traslado de los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES, entidad esta última que deberá aceptar los aportes y registrarla como su afiliada, y al pago de las costas.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que nació el 10 de agosto de 1963, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 29 de agosto de 1984 hasta el 31 de julio de 1999 un total de 764 semanas; se trasladó a COLFONDOS S.A el 28 de julio de 1999 pues los asesores le manifestaron que se pensionaría con un monto superior al que tendría en el ISS y que accedería a su pensión a una edad más temprana, no ofreciendo información veraz y acorde con la situación previa a la afiliación, ni tampoco le suministraron datos legales suficientes para que de una forma consciente decidiera cuál era el régimen pensional que más le convenía, ni le realizaron proyecciones que le permitieran contar con información sobre el valor de su mesada teniendo en cuenta el valor del bono pensional; por lo que vició el consentimiento e indujo en error al hacerle creer que tendría una mejor pensión que en el ISS, no obstante, transcurrido el tiempo se dio cuenta que lo ofrecido por COLFONDOS S.A no se ajustaba a la realidad ya que implicaba la disminución de su mesada pensional en más de un 70% que la que le otorgaba COLPENSIONES; en el año 2003 se estableció el Decreto 3800, el cual otorgó un periodo de gracia para el traslado del RAIS al RPMPD por única vez desde el 29 de enero de 2003 hasta el 28 de febrero de 2004, circunstancia que no se hizo saber por parte de la AFP siendo su deber el informar; y elevó solicitudes de nulidad de traslado a COLFONDOS S.A y COLPENSIONES las cuales le fueron negadas. (Fls 3-10 vto)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, la asesoría dada por COLFONDOS S.A y la solicitud elevada a la AFP con su respuesta.

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, inexistencia de vicios en el consentimiento que generen nulidad, prescripción, caducidad, buena fe y la genérica (fls 69-92)

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 123-129).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de diciembre de 2019, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de la demandante del RPMPD al RAIS acaecido el 28 de julio de 1999 proveniente del ISS hoy COLPENSIONES a COLFONDOS S.A; condenó a COLPENSIONES a admitir el traslado del régimen pensional de la demandante; condenó a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido por motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, bonos pensionales, costos cobrados por administración y sumas adicionales con los respectivos e intereses de conformidad con las previsiones del art. 1746 del C.C aplicable por remisión analógica del art. 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, esto es junto con los rendimientos que se hubieren causado; condenó a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR S.A (SIC) que reposaban en la cuenta de ahorro individual de la demandante y efectuar los ajustes en la historia pensional de la demandante; no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de COLFONDOS S.A interpone recurso de apelación para que sea revocada y en su lugar se absuelva de las pretensiones atendiendo que el decreto 1645 de 1995 establece la libertad de elección de fondos y de régimen por lo cual el afiliado puede escoger libre y voluntariamente, de ahí que éste se entendió efectuado en el momento del diligenciamiento por parte de la demandante del formulario de afiliación autorizado por la Superintendencia Bancaria; razón por la cual solicita que se respete ese derecho de autonomía o la voluntad, toda vez que nunca existió situación de fuerza o dolo que influyera sobre la elección en el régimen proveniente de la administradora de fondos de pensiones; por último, no existió ningún vicio en el consentimiento en el entendido de que la filiada era plenamente capaz de conocer sobre el negocio jurídico que estaba celebrando teniendo el conocimiento pleno, capacidad y la libre elección.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia porque el fondo no logró acreditar el

cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una información completa, clara y oportuna a la demandante, sin que el formulario pueda considerarse por sí sólo como prueba suficiente. Entre tanto, COLPENSIONES solicitó la revocatoria del fallo indicando que no todos los asuntos referidos a ineficacias de traslado deben decidirse de forma positiva, siendo necesaria la acreditación de un perjuicio claro cierto y determinable, lo que no ocurrió en este caso donde la demandante no demostró vicios en su consentimiento, por lo que declarar la nulidad en su afiliación implicaría la descapitalización del sistema. A su vez COLFONDOS S.A reitera su solicitud de revocatoria del fallo ante la prohibición legal de la demandante para retornar al RPMPD por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión y no es beneficiaria del régimen de transición, además no se demostró la existencia de algún vicio del consentimiento ni ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, y en el hipotético evento de considerar que el acto tuvo validez puede que se encuentre prescrita según el art. 1750 C.C.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, y **ii)** si el formulario y la aceptación allí contenida del traslado de régimen es prueba suficiente de la información brindada; lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron

de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 93 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a COLFONDOS S.A diligenciado el 28 de julio de 1999 con efectividad a partir del 1° de septiembre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado que consta a folio 94, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que en el lugar donde trabajaba para la época se enteró de COLFONDOS S.A por medio de la secretaria de la empresa, pues era la intermediaria entre este fondo y los trabajadores, y si bien aceptó que firmó el formulario de vinculación informó que el mismo fue diligenciado por la secretaria y no por ningún asesor, solicitando tiempo después una proyección de su pensión donde le informaron que iba hacer de 1 SMLMV. Finalmente, el testigo WILLIAM ENRIQUE BARRERA, compañero de trabajo de la actora, ratificó las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su traslado de régimen.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora MYRIAM RODRIGUEZ REYES asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 28 de julio de 1999 con efectividad a partir del 1º de septiembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Por último, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Por lo anterior se mantiene incólume la decisión de primera instancia.

Costas de esta instancia a cargo de la parte recurrente al haberle resultado desfavorable la alzada. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 3 de diciembre de 2019, el Juzgado Octavo (8) Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por MYRIAM RODRÍGUEZ REYES en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLFONDOS S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105029201900118-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **SARA CONSTANZA CLAVIJO LOPEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes de folios 123 vto a 133. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ con CC 79985203 de Btà y T. P No. 115.849 del CSJ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado (fls 141-169).

ANTECEDENTES

SARA CONSTANZA CLAVIJO LÓPEZ, pretende que se declare tanto la existencia de un vicio del consentimiento que la indujo a error en la afiliación a PORVENIR S.A., como la invalidez o la ineficacia o la nulidad del formulario de afiliación mediante el cual se suscribió al RAIS; y como consecuencia, se ordene a PORVENIR S.A a trasladar los aportes de su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES, entidad que deberá recibirla en calidad de afiliada; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 4 de octubre de 1962; cotizó en el RPMPD al ISS hoy COLPENSIONES desde el 9 de julio de 1985 hasta finales de 1994; fue visitada en su lugar de trabajo por el promotor de ventas de PORVENIR S.A cuya presentación la realizó el Director Administrativo del empleador quien era el padre del promotor de ventas de PORVENIR S.A; este último quien sólo se dispuso a diligenciar los formularios de afiliación de los trabajadores sin realizar una asesoría previa donde se lograra comprender los beneficios y perjuicios del traslado del RPMPD al RAIS; la información que le suministró el promotor fue que el ISS se iba a acabar y que su pensión se iba a perder junto con lo cotizado hasta ese entonces, que iba a obtener una pensión mucho más alta en el fondo ya que obtendrá incremento y rentabilidad sobre sus aportes pensiones y que como tenía menos de 35 años de edad era más favorable para su futuro pensional trasladarse a PORVENIR S.A, es así como dicho fondo no desplegó ninguna actividad de asesoramiento e información veraz y oportuna que le permitiera valorar las consecuencias de su traslado, proyectándole una mesada pensional de \$2.076.400 mientras que en COLPENSIONES sería de \$4.962.097 a los 57 años de edad; elevó solicitudes de nulidad de traslado ante las demandadas siéndole negada por COLPENSIONES y no resuelta por PORVENIR S.A. (Fls 38- 44)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad, tiempo en que cotizó al RPMPD, su afiliación al ISS, la visita del asesor a su trabajo, el traslado a PORVENIR S.A, las proyecciones de su mesada pensional realizadas y las solicitudes de nulidad de traslado con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación por

falta de causa y título para pedir, cobro de lo no debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción. (fls 68-72)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 91-97)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de diciembre de 2019 el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia del traslado a PORVENIR S.A realizada el 27 de agosto de 1994, y en consecuencia declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones y rendimientos dentro del término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la sentencia; ordenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y no condenó en costas.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de PORVENIR S.A interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad, pues el formulario de afiliación con el que se materializa el traslado de régimen pensional estuvo precedido de información clara, precisa, oportuna, veraz y suficiente a la accionante toda vez que al momento del diligenciamiento del mismo manifestó su voluntad de afiliación y de traslado de régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal Dentro del término concedido COLPENSIONES y PORVENIR S.A insistieron en la revocatoria del fallo de primera instancia porque la demandante no hizo uso de su derecho de retracto, no propuso la nulidad dentro del término de ley, y en todo caso saneo la misma con su permanencia en el RAIS, no habiendo demostrado perjuicio alguno, sin perjuicio de lo cual, en caso de mantenerse la condena los fondos deben trasladar la totalidad de documentos y dineros por concepto de aportes, bonos, rendimientos, administración y seguro provisional; Por su parte PORVENIR S.A precisó que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante por lo

que ninguno de los presupuestos legales resultaron demostrados en el proceso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, y **ii)** si el formulario de afiliación junto con la aceptación del traslado de régimen allí contenida es prueba suficiente de la información brindada, lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición,

*al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 31 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 27 de agosto de 1994 con fecha de efectividad 1° de septiembre del mismo año, lo cual también se constata con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS obrante a folio 87, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos

previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora SARA CONSTANZA CLAVIJO LÓPEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 27 de agosto de 1994 con efectividad el 1º de septiembre de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la

existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia apelada.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A dado el resultado del recurso.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 11 de diciembre de 2019 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por SARA CONSTANZA CLAVIJO LÓPEZ en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente PORVENIR S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526.

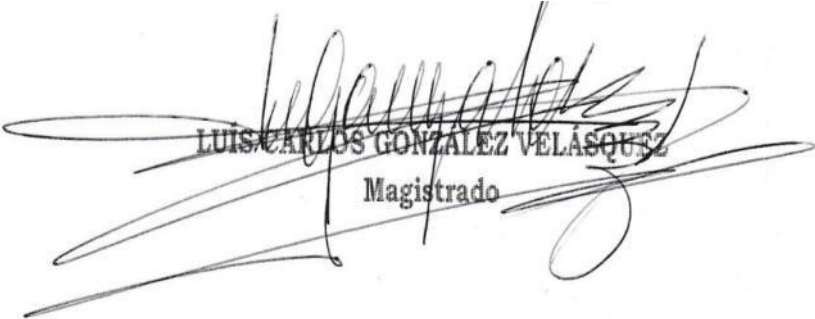
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105018201800261-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas PROTECCIÓN S.A, PORVENIR S.A, y COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **GLORIA AMANDA PASCAGAZA RAMIREZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la doctora LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ con CC No. 31.486.436 de Yumbo (Valle) y T.P No. 303.924 del CSJ como apoderada sustituta de COLPENSIONES en los términos y para los efectos del poder otorgado obrante a folio 228. Así mismo se reconoce personería para actuar como apoderado de PORVENIR S.A., al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ en los términos del poder obrante de folios 235-253.

ANTECEDENTES

GLORIA AMANDA PASCAGAZA RAMIREZ, pretende que se declare la ineficacia de su traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A por no

haberle proporcionado información completa y comprensible, incumpliendo con su deber de buen consejo, omisión en la que también incurrió PROTECCIÓN S.A con relación a la comunicación al afiliado de todas las ventajas y desventajas que se tienen en cada uno de los regímenes pensionales; y como consecuencia, se condene a PROTECCIÓN S.A a trasladar los aportes cotizados en el RAIS a COLPENSIONES, entidad esta última que deberá aceptar dichos aportes y registrarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 4 de julio de 1984; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 4 de julio de 1984; aportó al sistema general de pensiones previo traslado al RAIS un total de 745,43 semanas; se afilió a PORVENIR S.A el 27 de octubre de 1999 cuyo asesor no le informó que el valor de su mesada pensional sería inferior a la que recibiría en el ISS, ni las desventajas del traslado pero sí le mencionó que no se iba a poder pensionar ya que el ISS se iba acabar, mientras que en dicho fondo se podría pensionar a cualquier edad, sin explicarle la afectación que tendría en su mesada y bono pensional, entregando información de forma sesgada y parcializada, razón por la cual suscribió el formulario de afiliación con PORVENIR S.A; cumplió los 47 años de edad el 31 de julio de 2018 estando afiliada a PROTECCIÓN S.A en donde no recibió información o asesoría acerca de retornar al RPMPD, ni de la prohibición legal; actualmente tiene más de 1.615,14 semanas cotizadas; ha elevado solicitudes de nulidad de la afiliación a PORVENIR S.A y COLPENSIONES siéndole negadas (Fls 5-22).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su afiliación a cada una, entrada en vigencia de la ley 100/93, y las solicitudes elevadas a COLPENSIONES y PORVENIR S.A con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 91-108).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante

formulario de vinculación al fondo de pensiones, debida asesoría del fondo y la genérica (fls 118-127 vto)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica. (fls. 143-154)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 27 de enero de 2020 el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la ineficacia de la afiliación a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A suscrita el 27 de octubre de 1999, por lo que declaró que para todos los efectos legales la afiliada nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; ordenó a PROTECCIÓN S.A a trasladar los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta individual a COLPENSIONES, junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; ordenó a esta última a recibir los dineros ahorrados por la demandante en su cuenta de ahorro individual; declaró no probada la excepción de prescripción relevando el Despacho del estudio de los demás medio exceptivos; y condenó en costas a la parte demandante PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, señalando como agencias en derecho la suma de \$850.000 a cada una.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad, argumentado de la siguiente manera:

COLPENSIONES, porque debe tenerse como válido el traslado al RAIS, pues de lo contrario se estaría afectando el principio de sostenibilidad financiera del sistema que se funda en los principios de equidad e igualdad materializados en la prohibición legal de traslado en la que ya se encuentra inmersa la demandante por contar con más de 58 años de edad; además, respecto al principio de la comunidad de la prueba debe tenerse por demostrado que la AFP privada cumplió con el deber de la carga de la prueba en la medida en que probó en la instancia que la demandante no solo recibió dos asesorías por parte de las AFP privadas sino también el contenido de las mismas de las que se desprende el conocimiento informado previo que se brindó para lograr el traslado de régimen.

PROTECCIÓN S.A., en cuanto a la devolución de gastos de administración, porque la deducción del dinero de la cuenta de ahorro

individual de la demandante por este concepto se realizó como consecuencia de una disposición legal válida, exequible, aplicable y vigente, la cual trata de comisiones ya pagadas y causadas durante la administración de dicha cuenta, y en ese sentido, solo habría lugar a que se trasladaran los aportes pero sin los rendimientos generados, ya que de declararse la nulidad del traslado las cosas vuelven a su estado anterior.

PORVENIR S.A., en la medida que no comparte la declaración de ineficacia del traslado realizado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR en el sentido en que en realidad en el interrogatorio de parte quedó demostrado que la hoy demandante sí conocía todos los aspectos del RAIS como los términos de la cuenta de ahorro individual y de los bonos pensionales, siendo que en todo caso no se configura ninguna causal de ineficacia o nulidad del acto ante la ausencia de vicios del consentimiento, asemejándose más el reproche a un dolo, toda vez que asegura la demandante que su motivo principal fue el presunto engaño sobre la liquidación del ISS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal Dentro del término concedido COLPENSIONES y PORVENIR S.A insistieron en la revocatoria del fallo de primera instancia porque la demandante no hizo uso de su derecho de retracto, se encuentra inmersa en la prohibición de retornar al RPMPD, no propuso la nulidad dentro del término de ley y en todo caso saneo la misma con su permanencia en el RAIS, no habiendo demostrado perjuicio alguno, sin perjuicio de lo cual, en caso de mantenerse la condena deben los fondos trasladar la totalidad de documentos y dineros por concepto de aportes, bonos, rendimientos, administración y seguro provisional; Entre tanto PORVENIR S.A precisó que no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante por lo que ninguno de los presupuestos legales resultaron demostrados en el proceso.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si la demandante se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMD prevista en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, **iii)** si el

interrogatorio de parte rendido por la demandante fue debidamente valorado determinando si confesó haber recibido la información adecuada al momento del traslado, **iv)** si es procedente ordenar la devolución de los gastos de administración a PROTECCIÓN S.A, y **v)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta la estabilidad financiera de COLPENSIONES, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso”.***

(Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente

información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 133 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A diligenciado el 27 de octubre de 1999, con fecha de efectividad del 1º de diciembre de ese año, lo cual también se acredita con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 128 vto), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente recibió interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que la información que se le brindó al momento del traslado de régimen fue que el ISS se iba acabar, que iba a recibir una mejor pensión si se vinculaba a un fondo privado y que se podía heredar, que no recurrió a ningún tercero porque confió en el asesor, y si bien aceptó que firmó el formulario de afiliación de manera libre y voluntaria también indicó expresamente que se siente engañada porque no le dieron la información de manera completa.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A antes HORIZONTE S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora GLORIA AMADA PASCAGAZA RAMIREZ asesoría suficiente en cuanto a

dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración, aunque ya no cuente con el capital y los rendimientos por haberlos transferido al actual fondo al que se encuentra afiliada la demandante.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A antes HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a HORIZONTE CESANTÍAS Y PENSIONES S.A hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 27 de octubre de 1999, con fecha de efectividad del 1° de diciembre de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la reasesoría pensional que se le proporcionó no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que la afiliada requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL 1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega*

brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”.

Continuando con lo que es el tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará la decisión del A quo, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se

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

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengarán entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Ahora, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse tal manifestación de COLPENSIONES en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicha tesis.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 27 de enero de 2020 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GLORIA AMANDA PASCAGAZA RAMIREZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A Y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526, para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105013201900284-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **FANNY MARCELA NIETO ARAOZ** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado y T.P No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 137.627.008 de Puente Nacional -Santander y T.P No. 21.228 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes de folios 293 vto -303. Así mismo se reconoce personería adjetiva para actuar a la Dra. OLGA VIVIANA HERNANDEZ TELLEZ VARGAS con CC No. 52.532.969 de Btá y T.P No. 228.020 del CSJ, conforme el poder obrante de folios 310 y ss.

ANTECEDENTES

FANNY MARCELA NIETO ARAOZ, pretende que se declare la nulidad de las afiliaciones efectuadas al RAIS, y subsidiariamente su ineficacia,

determinando que está válidamente afiliada al RPMPD administrado por COLPENSIONES; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A y a PROTECCIÓN S.A a registrar en el sistema de información de las AFP que su afiliación al RAIS es nula o ineficaz; debiendo esta última trasladar a COLPENSIONES la totalidad de sus aportes pensionales cotizados, incluidos rendimientos, las deducciones por gastos de administración, descuentos para los seguros de invalidez y sobrevivientes, ordenando a COLPENSIONES activar su afiliación en pensión; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones señaló, en síntesis, que nació el 30 de abril de 1962; cotizó al ISS a partir del 19 de febrero de 1985; se trasladó el 4 de julio de 2001 a COLFONDOS S.A., la charla fue grupal en su lugar de trabajo; al momento de firmar el formulario de afiliación el asesor le indicó que tendría una mejor pensión en el fondo y que el ISS se iba acabar; a la fecha del traslado había cotizado un total de 623,14 semanas; el asesor no verificó la historia laboral, el salario devengado, ni el entorno familiar; no le informó sobre las consecuencias, ventajas y desventajas que acarrearía el traslado, ni que la disminución de su mesada pensional en más del 68% que la estaba construyendo en el ISS, tampoco las condiciones y requisitos legales que debería cumplir en este nuevo régimen para acceder a su pensión de vejez, entre otros aspectos; en junio de 2015 se trasladó a PROTECCIÓN S.A; actualmente tiene 1,523,71 semanas cotizadas; consultó a una asesora de este fondo quien le indicó que recibiría una mesada pensional de 1 SMMLV, motivo por el cual elevó solicitudes de nulidad de la afiliación a las demandas siéndole negadas. (fls 3-27)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, sus afiliaciones a las demandadas, semanas cotizadas y las reclamaciones elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES: Planteó las excepciones de prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (fls 125-130)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de obligación de devolver la comisión de

administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica. (fls 149-167)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS y prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado. (fls 235-263)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2020, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado realizado por la demandante del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A; ordenó a PROTECCIÓN la devolución de todos los dineros que la demandante tiene en la cuenta individual a COLPENSIONES quien deberá afiliarse nuevamente a la demandante como única válida para efectos pensionales y condenó en costas a la demandada COLFONDOS S.A en la suma de un millón de pesos.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se verifique si dentro del presente caso se cumple con los requisitos establecidos por la Honorable Corte Suprema de Justicia frente a la nulidad de traslado que se invoca en este caso pues si bien no se profiere condena en su contra lo cierto es que a futuro tal decisión conlleva al reconocimiento implícito de una pensión de vejez a cargo de esa administradora, situación que claramente vulnera sus intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal se pronunció COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A solicitando revocar el fallo de primera instancia, insistiendo en que todas las actuaciones han estado precedidas por la buena fe y la legalidad, precisando que todas las personas afiliadas a los fondos administrados por esta AFP lo han hecho de forma libre y voluntaria, además la demandante tuvo varias oportunidades en las que pudo regresar al Régimen de Prima Media sin que hubiese hecho uso de la facultad con que contaba para hacerlo, y en todo caso el conocimiento sobre los productos que adquiere un consumidor financiero es una responsabilidad compartida entre las entidades financieras y sus consumidores, quedando a cargo de éstos últimos un deber de consulta, verificación, investigación y revisión de lo que está contratando, como lo es la vinculación a un fondo de pensión

obligatoria; y en cuanto a la devolución de los gastos de administración, tal comisión se encuentra autorizada por la Ley (Art 20 de la ley 100 de 1993), y es un porcentaje que se descuenta para financiar lo que es el seguro previsional en la compañía de seguros, por lo que ordenar que se trasladen constituiría un enriquecimiento sin causa para la demandante. Insistieron que no observe ningún vicio en el consentimiento, habiendo recibido toda la información necesaria sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones, considerando que la declaratoria de la ineficacia del traslado afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. Por su parte, la demandante petitionó confirmar el fallo en su integridad porque el fondo no demostró haber cumplido con su obligación de brindarle información clara y completa al momento de su traslado, sin que el formulario pueda considerarse por sí sólo como prueba suficiente, además que según los precedentes jurisprudenciales la carga de la prueba le corresponde a los fondos.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consultaalzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará si en el presente caso se dio aplicación o no al precedente jurisprudencial fijado por la H. Corte Suprema de Justicia frente a la nulidad de traslado o por el contrario la sentencia de primera instancia no lo tuvo en cuenta para el presente caso, ello de conformidad con lo dispuesto en el Art 66 A del CPTSS.

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado

N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante,

sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 264 obra la solicitud de vinculación y traslado del ISS a COLFONDOS S.A diligenciado el 4 de julio de 2001 con fecha de efectividad del 1° de septiembre del mismo año, tal y como lo aceptó dicho fondo en el certificado de folio 266 y se acredita con el certificado expedido por ASOFONDOS (fl 187), prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó que una persona de COLFONDOS S.A fue al colegio donde laboraba, hicieron una reunión con 10 compañeras que duró 30 minutos informándoles que el ISS estaba pasando por un momento muy complicado y que de pronto se iba acabar quedando desprotegidas, por lo que les convenía trasladarse a un fondo privado, mencionando que no conoce las características del RAIS, ni que sus aportes se cotizaban a una cuenta de ahorro individual.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la promotora de esta actuación de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora FANNY MARCELA NIETO ARAOZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demanda COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en

el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 4 de julio de 2001 con efectividad el 1º de septiembre de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto confirmar dicha sentencia que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación, como tampoco el traslado entre fondos.

En la misma orientación, resulta acertada la orden de trasladar los gastos de administración como consecuencia de dicha declaratoria, en la medida que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Bajo tal entendido, contrario a lo manifestado por la censura, no cabe duda que la determinación del fallador de primera instancia se encuentra plenamente acorde con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, imponiéndose por tanto su confirmación.

Se condenará en costas de esta instancia a COLPENSIONES ante el resultado desfavorable de su recurso. Las de primera se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Trece (13)Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por FANNY MARCELA NIETO ARAOZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526 a favor de la parte actora. Las de primera instancia se confirman.

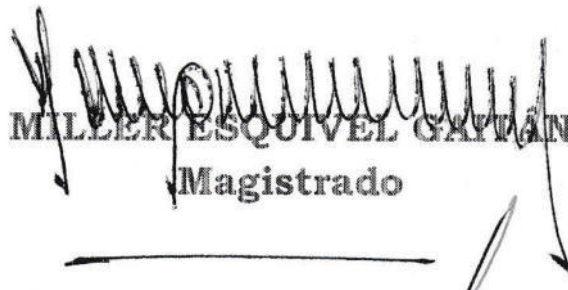
NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Los magistrados,

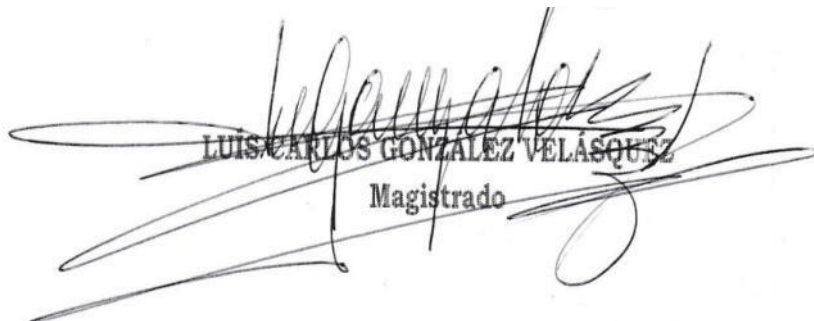
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105030201800351-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de la parte demandante y COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 23 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MARINA SANABRIA SALAZAR** en contra de **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 169 vto - 179.

ANTECEDENTES

LUZ MARINA SANABRIA SALAZAR, pretende que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS efectuado a través de COLFONDOS S.A el día 26 de mayo de 2000 con fecha de efectividad del 1° de julio de ese año, por la omisión de información y debida asesoría al momento del mismo; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado; y a esta

última entidad a recibirla como afiliada y aceptar todos los valores obtenidos mientras estuvo vinculada al RAIS los que a la fecha ascienden a \$83.053.309 y contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS; lo que resulte ultra y extra petita y las costas; como pretensión subsidiaria solicitó que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado al RPMPD al RAIS en cabeza de COLFONDOS S.A el día 26 de mayo de 2000 y con fecha de efectividad del 1° de julio de 2000 al no poderse predicar la existencia de consentimiento informado al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que estuvo afiliada y cotizando para pensión al ISS hoy COLPENSIONES desde el 18 de julio de 1985; el 26 de mayo de 2000 se trasladó a COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS con fecha de efectividad del 1° de julio del mismo año; al momento del traslado no fue asesorada o informada por ese fondo sobre las implicaciones de sus derechos pensionales, los riesgos de cambiarse al RAIS, las diferencias entre uno y otro régimen, las ventajas y desventajas de trasladarse, ni le realizaron proyecciones futuras sobre su pensión que podría tener en cada uno de los regímenes; COLFONDOS S.A tenía a su cargo la responsabilidad de carácter profesional que le imponía el deber de asesorar de manera eficiente, eficaz, oportuna, integral y completa con respecto a la decisión de traslado de régimen pensional; ha elevado solicitud de nulidad de la afiliación a COLPENSIONES siéndole negada. (Fls 56-67 vto)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, el número de semanas cotizadas, la afiliación a cada una de ellas y las solicitudes de nulidad junto con sus respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica (fls 77-85)

COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y nadie puede ir en contra de sus propios actos (fls 101-121).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de enero de 2020, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a COLFONDOS S.A con efectividad a partir del 1° de julio de 2000 mediante formulario No 7441904 de fecha de suscripción del 26 de mayo de 2000; la declaró válidamente vinculada al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES; condenó a COLFONDOS S.A a devolver a COLPENSIONES todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen, es decir, desde el 1° de julio de 2000 y hasta el momento del traslado se cumpla; ordenó a COLPENSIONES que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; e declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; condenó en costas a COLFONDOS S.A., incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$2.100.000.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación la parte demandante y COLPENSIONES interpusieron recurso de apelación los cuales sustentaron así:

PARTE DEMANDANTE, en cuanto a las costas ordenadas en el numeral sexto de la sentencia, pues la demandante tuvo que incurrir en unos gastos como contratar un abogado y reunir pruebas, razón por lo cual no está conforme en que sea un 75% de las costas sino que debería ser un 100%; debiendo extenderse la condena en costas también a COLPENSIONES, lo anterior teniendo en cuenta que COLFONDOS S.A mencionó que se encontró demostrado en las historias laborales que se le había dado una información, lo cual no es cierto pues el día del fallo el A quo aceptó que no se cumplió con este deber de información.

COLPENSIONES, para que se le absuelva de todo lo que sea contrario a sus intereses, ya que en este caso no se evidencia un dolo que diera lugar a la nulidad del traslado de régimen, porque en primer lugar no ha sido probado y en todo caso se debe establecer con base en el art. 1516 del Código Civil, en la medida que el dolo no se presume, sino que debe ser probado, además que la decisión de nulidad afecta la sostenibilidad financiera del régimen pensional.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES solicita que se revoque el fallo proferido en primera instancia porque dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, siendo que el asesor suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos que le acarrearía dicho cambio de régimen, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento, además que está inmerso en la prohibición de retornar y se afectaría el principio de sostenibilidad financiera. Por otro lado, la parte actora solicita confirmar los demás numerales de la sentencia de primera instancia que no fueron apelados por la parte demandante pues COLFONDOS S.A no aportó ninguna prueba de que se le hubiera informado e ilustrado a la demandante sobre las implicaciones del traslado de régimen pensional, las características, diferencias y riesgos de cada uno de los regímenes al momento del traslado, de una manera clara, completa, transparente y detallada; además tener en cuenta los lineamientos jurisprudenciales sobre la constatación del deber de información es ineludible, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, la necesidad de un consentimiento informado, la carga de la prueba inversión a favor del afiliado, entre otras.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y si se cumplió con la carga de la prueba, por parte de quien la soportaba, respecto a la ausencia de los vicios del consentimiento frente a la información brindada, **ii)** si en el caso de confirmarse la sentencia se debe adicionar para también condenar a COLPENSIONES a pagar las costas aumentando las agencias en derecho fijadas a cargo de COLFONDOS S.A, y **iii)** si la declaratoria de nulidad y el retorno a COLPENSIONES afecta la estabilidad financiera de COLPENSIONES. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia del recurso (Art 66A del CPTSS)

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación

definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de

las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación de la actora.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el

fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 122 obra la solicitud de vinculación y traslado de régimen de prima media al FONDO DE COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS diligenciado el 26 de mayo de 2000 con fecha de efectividad del 1 de julio del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta, e igualmente se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien indicó que en el momento en que se iba a vincular laboralmente a la Universidad San Martín estaba una persona de COLFONDOS S.A, se presentó y le preguntó si pertenecía a dicho fondo entonces le respondió que no que estaba afiliada al ISS, el asesor comenzó a solicitarle información y a mencionarle que la podía vincular, lo único que preguntó era ¿si podía hacerlo?, la respuesta fue que no se preocupara porque lo único que iba a variar era que su nuevo empleador haría el pago de la pensión a COLFONDOS S.A y que no iba a perder nada de sus derechos pensionales; no le dieron más información.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando COLFONDOS S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ MARINA SANABRIA SALAZAR asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a COLFONDOS S.A el 26 de mayo de 2000 con efectividad a partir del 1 de julio del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

DE LA CONDENA EN COSTAS A COLPENSIONES Y EL AUMENTO DEL MONTO FIJADO POR CONCEPTO DE AGENCIAS EN DERECHO A COLFONDOS S.A

Habida cuenta que las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP¹, es por lo que evidencia la Sala que los argumentos en los que fincó su inconformidad la apoderada de la parte demandante encuentran soporte legal y fáctico para que se condene a COLPENSIONES a su pago, dado que la sentencia de primera instancia fue adversa a sus intereses, habiendo lugar a la condena por este concepto. De otra parte, en lo que interesa a la inconformidad por el monto fijado por el Aquo a título de agencias en derecho a cargo de COLFONDOS S.A., habrá de desestimarse tal pedimento teniendo en cuenta que el monto establecido se enmarca dentro de los parámetros fijados en los Acuerdos del Consejo Superior de la Judicatura, es decir, dentro los límites en los que puede moverse el Juez considerando para ello la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada, las que para el caso del proceso ordinario laboral oscilan, en obligaciones de hacer a favor del trabajador o afiliado hasta cuatro (4) salarios mínimos mensuales legales vigentes (Decreto 1887/03); de ahí que la suma de \$2.100.000 pesos impuesta se encuentre dentro de los parámetros antes señalados.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES por la orden de recibir nuevamente a la demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de

¹ "ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código. (...)"

su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Sin costas en esta instancia ante el resultado de los recursos. Las de primera instancia deberán adicionarse en relación con COLPENSIONES.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 23 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por LUZ MARINA SANABRIA SALAZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

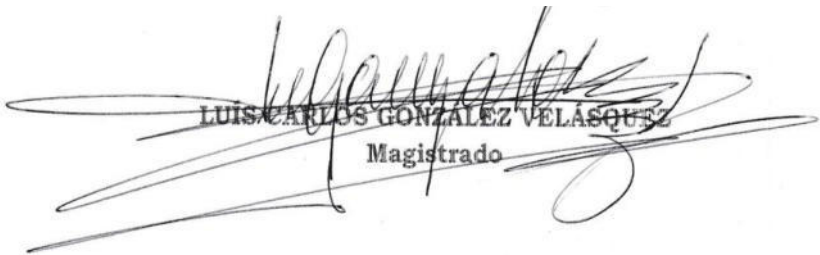
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia deberán adicionarse en relación con COLPENSIONES. Tásense por el A quo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105038201800387-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 11 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **CLARA CONSTANZA OSSA RIVEROS** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR S.A conforme el poder obrante de folios 198 a 209 vto.

ANTECEDENTES

CLARA CONSTANZA OSSA RIVEROS, pretende que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS efectuado a través de PROTECCIÓN S.A en agosto de 1998, ante la omisión de dicho fondo del deber de informar con prudencia, pericia, y de manera clara, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las implicaciones que tenía el cambio de régimen de pensiones, los riesgos, beneficios y desventajas que

tendría en el RAIS; y en consecuencia, se condene a este fondo a restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones y bonos pensionales con todos los rendimientos que se hubieren causado; y a esta última entidad a recibirla como afiliada junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculada en el RAIS y a contabilizar para efectos de pensión las semanas cotizadas en este régimen; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso. Como pretensión subsidiaria solicita que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado del RPMPD al RAIS con fecha de efectividad del 1° de enero de 1997 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a ese fondo.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES el 31 de octubre de 1986, donde permaneció hasta septiembre de 1990; se trasladó efectivamente a PROTECCIÓN S.A el 1° de enero de 1997; al momento del traslado a la AFP no le informaron de manera transparente, completa, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones, ni cuál de los dos sistemas le convenía más, tampoco sobre el capital que debía acumular en su cuenta de ahorro individual para poder acceder a la pensión de vejez, ni sobre el derecho de retracto, entre otros aspectos; ha elevado solicitudes a COLPENSIONES para retornar al RPMPD siéndoles negadas; y actualmente se encuentra vinculada y cotizando a la AFP PORVENIR S.A. (fls 1-23).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la afiliación a cada una de ellas, la no proyección de la pensión y el deber de asesorar de manera adecuada por parte de PROTECCIÓN S.A y la solicitud elevada a COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 78-101).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe,

prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 138-145)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. propuso las excepciones que denominó: inexistencia de traslado de régimen pensional, declaración libre y espontánea de la demandante al momento de la afiliación a la AFP, buena fe por parte de AFP PROTECCIÓN S.A, prescripción y la genérica. (fls. 167-171 vto)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 11 de febrero de 2020 el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió: absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante; se consideró relevado del estudio de las excepciones propuestas por las demandas; condenó en costas y agencias en derecho a la demandante en la suma de \$500.000; y por se considera relevado el estudio de las pretensiones en marco de la demanda de reconvención por parte de PROTECCIÓN S.A.¹

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación el apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación, con el fin de que se revoque en su integridad, para que en su lugar se acceda a las pretensiones, pues nunca hubo un operador comercial de la AFP brindándole la información sobre las características de ambos regímenes, y el hecho de que en el formulario se diga que: *“la selección de RAIS la he efectuado de forma libre, espontánea y sin presiones. Manifiesto que he elegido a DAVIVIR para que administre mis aportes pensionales y que los datos proporcionados en esta solicitud son verdaderos”* no es suficiente para demostrar que hay una vinculación libre y voluntaria conforme está más que definido por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, siendo los fondos privados los que tienen que probar que el afiliado es quien recibió la información y no al contrario.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte demandante insistió en la revocatoria del fallo considerando los lineamientos jurisprudenciales de la Corte Constitucional en relación con el deber de información, de doble asesoría y de las cargas imputables a las entidades del RAIS. Entre tanto

¹ En cuanto a este ordinal de la sentencia de primera instancia, una vez revisado detenidamente el expediente por parte de este Colegiado no se evidenció escrito ni trámite alguno de demanda de reconvención.

PORVENIR S.A solicita la confirmación en su integridad de la sentencia como quiera que no se probó ninguno de los presupuestos establecidos en la ley para declarar la nulidad absoluta, además cumplió con la carga probatoria de acreditar que suministró la información suficiente y objetiva al momento de la vinculación como lo refleja el formulario de afiliación el cual se presume autentico pues no fue tachado ni desconocido.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular lo relacionado con **i)** el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma y **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho

traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo

precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.***”

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 172 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 17 de enero de 1997, con fecha de efectividad del 1° de marzo de ese año, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folios 148 y 177, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario datos que no correspondían a la realidad, pues pese a tratarse de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida -ISS, al Régimen de Ahorro Individual - DAVIVIR, lo que allí se hizo constar es que era una **vinculación inicial**, dislate que así visto permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación de la actora, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen y no como si se tratara de una afiliación por primera vez. Prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

188841

DAVIVIR SOLICITUD DE VINCULACION No. 170651

FECHA 97 01 17

USO INTERNO 00251932

60000844627

INFORMACION DEL TRABAJADOR

PRIMER APELLIDO OSSA

SEGUNDO APELLIDO RIVEROS

NACIONALIDAD Colombiana

CIUDAD O MUNICIPIO Bogotá DC

DEPARTAMENTO C/Marca

TELEFONO 2488139

CIUDAD O MUNICIPIO Bogotá D.C.

DEPARTAMENTO C/marca

TELEFONO 2488139

HA COTIZADO MAS DE 136 SEMANAS? SI NO

TIEMPO TOTAL DE COTIZACION AÑOS MESES

CUAL(ES) CAJA(S)?

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PROTECCIÓN S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que le había proporcionado DAVIVIR era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora CLARA

CONSTANZA OSSA RIVEROS asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración, aunque ya no cuente con el capital y los rendimientos por haberlos transferido al actual fondo al que se encuentra afiliada la demandante.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PROTECCIÓN S.A antes DAVIVIR enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a DAVIVIR hoy ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A diligenciado el 17 de enero de 1997, con fecha de efectividad del 1° de marzo de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que como bien lo sostiene la parte recurrente, resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-

2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad, precisamente, revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Se condenará en costas de esta instancia a los fondos demandados PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. Las de primera instancia se REVOCAN, las cuales deberán estar a cargo de dichos fondos.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 11 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por CLARA CONSTANZA OSSA RIVEROS en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante CLARA CONSTANZA OSSA RIVEROS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. antes DAVIVIR, el 17 de enero de 1997, con fecha de efectividad del 1º de marzo de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores

que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación de la demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. y a PROTECCIÓN S.A., Fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante y a cargo de cada una de ellas. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de dichos fondos. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL CAYMÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente
AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105031201900440-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 31 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **CAMILO ANDRÉS RAMÍREZ TRIANA** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes a folios 273 vto - 283. En el mismo sentido se reconoce personería al Dr. JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA con CC 53.077.146 de Btª y T. P No. 184.941 del CSJ como apoderada de PORVENIR S.A en los términos del poder otorgado a fls 262 -268.

ANTECEDENTES

CAMILO ANDRES RAMIREZ TRIANA, pretende que se declare que la AFP PORVENIR S.A incumplió con su deber legal de información al no brindar

una asesoría veraz, oportuna, pertinente, objetiva y comprensible sobre las características y consecuencias de su traslado por lo que es nula e ineficaz la afiliación al RAIS administrado por ese fondo; y como consecuencia, sea condenado a registrar en su sistema de información que la afiliación es nula y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, entidad esta última que deberá recibir todo ese capital y activar su afiliación en el RPMPD; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 6 de junio de 1960; cotizó 313.71 semanas al ISS hoy COLPENSIONES desde el 23 de enero de 1992; se afilió a PORVENIR S.A el 29 de marzo de 2000 contando con 40 años de edad; el asesor comercial de ese fondo se presentó al lugar donde trabajaba informando que el ISS se encontraba con problemas económicos por los que era inminente su liquidación estando en riesgos sus aportes a pensión omitiendo mencionar de manera clara y completa los efectos y consecuencias de su traslado y las características de ambos regímenes, sin que le realizaran proyecciones objetivas sobre la pensión de vejez, valor de la indemnización sustitutiva o devolución de saldos, entre otros aspectos; PORVENIR S.A y COLPENSIONES no adelantaron ninguna gestión de reasesoría para evaluar cuál era la mejor opción según sus condiciones; según PORVENIR S.A el monto de la pensión sería de \$1.023.400 al cumplimiento de los 62 años pero su IBC es de \$5.766.989 y de acuerdo con la liquidación efectuada por la firma YABAR LIQUIDACIONES en COLPENSIONES equivaldría su pensión aproximadamente a \$3.605.881; elevó solicitudes de nulidad de afiliación ante las demandadas siéndole negadas y ante la Superfinanciera para que se pronunciara sobre el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones respondiendo a todos los interrogantes planteados. (fls 2-11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad, su afiliación a cada una de ellas, las semanas cotizadas, la primera asesoría por PORVENIR S.A, el monto de la pensión en PORVENIR S.A y COLPENSIONES, el ingreso base de cotización, las solicitudes de nulidad de traslado con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones que denominó como prescripción y caducidad, inexistencia de la obligación, buena fe, inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, inexistencia

de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica (fls 65-85).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe. (fls 134-155)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 31 de enero de 2020 el Juzgado Treinta y uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió absolver de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante a las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A y condenó en costas y agencias en derecho al demandante en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se acceda a las pretensiones, pues no se logró probar por parte de la AFP PORVENIR S.A que hizo una asesoría profesional, ya que no obra prueba de que hayan realizado un pronunciamiento donde se le informe al accionante que efectivamente él podía trasladarse al RPMPD deber de información que le correspondía demostrar porque la carga de la prueba le asiste directamente a la AFP, sin que la sola cláusula genérica contenida en el formulario sirva para dilucidar en un fallo que fue libre espontánea y sin ningún tipo de presión, porque realmente en el diario vivir cuando se firma un formulario es lógico que uno lo hace de manera libre y voluntaria pero diferente es que se haga en una situación en la que realmente haya una explicación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido se pronunciaron PORVENIR S.A y COLPENSIONES quienes insisten en la confirmación de la sentencia de primera instancia pues todas sus actuaciones estuvieron precedidas por la buena fe y legalidad, por lo que todos sus afiliados lo han hecho de forma libre y voluntaria, habiendo recibido la actora toda la información necesaria, sin que sea válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones, y de declararse la ineficacia del traslado se afectaría la sostenibilidad financiera del RPMPD. A su vez, la parte actora solicita que se revoque la sentencia de primera instancia ya

que el A quo desconoce de manera abierta y deliberada el precedente jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia – SL, ya que no es cierto que para acceder a la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional es necesario demostrar que para la fecha del referido traslado fuese beneficiario del régimen de transición o que tuviese una expectativa a la obtención de un derecho pensional en el RPMPD; además, la carga de probar que no hubo una debida información y/o asesoría dentro del caso está a cargo de los demandados no del demandante; asimismo el formulario suscrito al RAIS no es prueba de un consentimiento informado.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, y **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han

sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino***

además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permite que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 52 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media

administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado con fecha del 29 de marzo de 2000, con fecha de efectividad del 1° de mayo de 2000, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones expedido por Asofondos (fl 157). Igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien aceptó haber firmado el formulario de afiliación y traslado a PORVENIR S.A, no haber solicitado al asesor información adicional a la por él suministrada la cual se contrajo a que era la mejor solución sobre el tema de pensiones para persona como él pues el ISS iba a fracasar.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor CAMILO ANDRÉS RAMÍREZ TRIANA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada PORVENIR S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, el 29 de marzo de 2000 con efectividad el 1° de mayo de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho

sobre la calidad del objeto.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Se condenará en costas de esta instancia a PORVENIR S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esa demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 31 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por CAMILO ANDRÉS RAMÍREZ TRIANA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS

PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó el demandante CAMILO ANDRÉS RAMÍREZ TRIANA a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 29 de marzo de 2000 con efectividad a partir del 1° de mayo de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

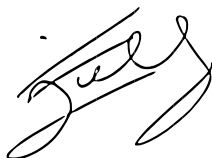
TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A. Fíjese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105030201800644-01

En Bogotá D.C., hoy Treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez,

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

Entonces, procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuesto por los apoderados de COLPENSIONES, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **DORA HERMINDA VELASQUEZ BAQUERO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES en los términos y para los efectos de los poderes a ellas conferidos obrantes de folios 233 vto a 244; así mismo se reconoce personería al Dr. ALEJANDRO MIGUELA CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR S.A conforme la escritura pública 251-269 y finalmente se tiene por reasumido el poder por parte de la Dra. OLGA BIBIANA HERNÁNDEZ TELLEZ como apoderada de PROTECCIÓN S.A.

ANTECEDENTES

DORA HERMINDA VELASQUEZ BAQUERO, pretende se declare que la afiliación hecha al RAIS es nula o ineficaz y por tanto la misma no produjo efectos; y en consecuencia, se ordene a declarar como afiliación válida la hecha al ISS hoy COLPENSIONES retrotrayendo los efectos de la afiliación; y se ordene a trasladar a COLPENSIONES la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 29 de abril de 1962; desde el inicio de su vida laboral perteneció al RPMPD cuya última cotización fue en julio de 1995; se afilió al RAIS y presentó su primera cotización en agosto del mismo año; cuenta con más de 450 semanas de cotización al RPMPD; ni en la afiliación inicial ni en el transcurso de la vinculación con los fondos de pensiones demandados recibió asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, pues solo recibió información que le motivara a afiliarse y mantenerse en el RAIS; la información proporcionada por el fondo privado de pensiones se contrajo a la desaparición del RPMPD, inseguridad de las pensiones pagadas por el ISS y la ventaja económica de ser pensionado en el RAIS; conforme a la proyección de pensión entregada por PROTECCIÓN S.A aspira a una mesada pensional de \$900.937 al cumplir 57 años de edad, sin embargo, de haber permanecido o regresado al RPMPD su pensión estaría alrededor de un 73% del IBL calculado en \$2.323.492 conforme las semanas cotizadas e ingresos hasta mayo de 2018, contando con más de 1600 semanas de cotizadas, por tal razón ha elevado solicitudes de nulidad de la afiliación siéndole negada por COLPENSIONES y no contestada por PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A. (fls 51-63)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad y las solicitudes de nulidad a COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica. (fls 71- 78)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones y la genérica (fls 116-124 vto)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de la obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 182-188)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de febrero de 2020 proferida por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, ese Despacho resolvió declarar nulo e ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante del ISS a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A mediante formulario No. 001921 de fecha 27 de mayo de 1994 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1995; declaró válidamente vinculada a la demandante al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A a devolver todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen desde que cobró efectividad del traslado, es decir, desde el 1° de julio de 1997 y hasta cuando se haga efectivo el traslado, estos últimos deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; condenó a PORVENIR S.A a devolver a COLPENSIONES los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en dicho régimen - desde el 1° de agosto de 1995 hasta el 30 de junio de 1997-, los que deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora debidamente indexados; ordenó a COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el RPMPD; declaró no probadas las excepciones planteadas por las accionadas; condenó en costas a PROTECCIÓN S.A a favor de la demandante, incluyendo por concepto de agencias en derecho la suma de \$3.370.800 y a PORVENIR S.A, incluyendo la suma de \$1.000.000, sin costas a COLPENSIONES.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las demandadas interpusieron recurso de apelación en procura de que sea revocada con base en los siguientes argumentos:

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A., en la medida que la demandante suscribió de manera libre y voluntaria el formulario de afiliación que contenía una declaración escrita, la cual por su negligencia no leyó y dado que dicho documento no

fue tachado de falso se presume auténtico; asimismo, porque para la fecha de los hechos no existía el deber de documentar, luego toda la información se dio de manera verbal, cumpliendo así con el deber de información, además que realizó publicación en el diario el TIEMPO sobre la expedición de la ley 797 y la posibilidad de retornar al RPMPD, sido que en todo caso un error de hecho puede ser saneado, a lo que se suma que la demandante no tiene régimen de transición lo que impide la aplicación de la jurisprudencia citada por el despacho; y, con relación a la condena de gastos de administración, evidentemente no hay lugar ya que ese dinero hace parte de la administración de PORVENIR S.A.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, porque el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar en el momento de la afiliación deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado, es así que en el presente caso se debió estudiar el cumplimiento de los requisitos establecidos en el decreto 692/1994, toda vez que las AFP aportaron los formularios suscritos por la demandante en los que consta que lo hizo de manera libre y voluntaria, lo cual también ratificó en el interrogatorio de parte, por lo que no es razonable ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes de información no previstos en el ordenamiento jurídico vigente al momento del traslado de régimen en tanto tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima, sobre todo cuando ese fondo respetó el derecho de escogencia pensional con el que cuentan sus afiliados, permitiendo el traslado de la demandante, habiéndose saneado la eventual nulidad con su permanencia en el RAIS, ya que no hizo uso de su derecho a trasladarse luego de la asesoría en la que le entregó información de manera oportuna y a tiempo para que tomara una decisión de cual sería la mejor opción de su futuro pensional escogiendo seguir cotizando al RAIS.

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., al considerar que en el presente caso existe una re-asesoría por parte de esa AFP que garantizó la lealtad, la buena fe y el buen consejo que se le dio a la demandante y que ésta consolidó con su firma en el formulario de afiliación; debiéndose tener en cuenta que la accionante omitió su deber ciudadano de conocer su situación pensional así como la normatividad vigente al punto que no hizo lectura del formulario, por lo que la afiliación es válida y existente pues no tiene ningún vicio de nulidad sino que se suscribió bajo la voluntad de libre escogencia. De otra parte, en cuanto a los gastos de administración, la deducción de ese dinero se realizó de acuerdo a una disposición legal, válida, exigible, aplicable y vigente, pues se trata de comisiones ya pagadas y causadas por la administración de los dineros de la cuenta de ahorro individual, de ahí que en el hipotético caso que se asuma que PROTECCIÓN S.A no realizó su gestión de administración y se ordene la devolución de estos conceptos a COLPENSIONES no debe proceder

entonces el traslado de los aportes con todos los rendimientos generados, ya que éstos se generaron producto de la gestión y la buena administración de este fondo, además en caso de declararse la nulidad o la ineficacia del traslado la consecuencia jurídica es que las cosas vuelvan a su estado anterior por lo que en este caso solo se deberían trasladar todos los aportes sin los rendimientos y sin los gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia ya que el traslado de régimen se realizó violando el término mínimo de permanencia previsto en la ley lo que da lugar a la ineficacia o anulación de la afiliación realizada al RAIS. Por su parte, COLPENSIONES reitera que el traslado efectuado por la demandante al RAIS se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, sin que ésta hubiera demostrado ningún vicio en el consentimiento, no configurándose los presupuestos de hecho para que se declare la nulidad habiendo firmado el formulario de afiliación, no siendo procedente la declaratoria de nulidad del traslado ya que afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Entre tanto PORVENIR S.A, solicitó la revocatoria total del fallo porque no se acreditó ningún vicio en el consentimiento, observándose la voluntad de la afiliada de permanecer en el RAIS quien nunca se ocupó de conocer aspectos relevantes, precisando además que no se debe ordenar la devolución de sumas diferentes a las indicadas en el literal b del art 13 de la ley 100 de 1993. Finalmente, PROTECCIÓN señaló que todas sus actuaciones han estado precedidas por la buena fe y la legalidad por lo que todos sus afiliados lo han sido de forma libre y voluntaria, siendo decisión de la actora permanecer en el RAIS y no es dable ordenar la devolución de la comisión de administración por tratarse de unas prestaciones acaecidas.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previas las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por la demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado, **iii)** si la eventual nulidad quedó saneada por la publicidad en el TIEMPO y la permanencia en el RAIS, y **iv)** Si PORVENIR S.A y PROTECCIÓN S.A están obligadas a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los

rendimientos los gastos de administración. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de

noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N° 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que

tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 195 obra la solicitud de vinculación y traslado de Régimen de Prima Media a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A diligenciado el 27 de mayo de 1994 con fecha de efectividad del 1º de agosto de 1995, el que una vez cotejado con el historial de vinculaciones expedido por ASOFONDOS que consta a folio 191, deja en evidencia el error cometido por ese Fondo al haber consignado en dicho formulario de manera errónea uno de los datos necesarios para suministrar la información adecuada a la actora, pues nada más desatinado que haber registrado como fecha de diligenciamiento el 27 de mayo de 1994, cuando la fecha correcta era el 5 de julio de 1995.

195
4835

HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

SOLICITUD DE VINCULACION No. 001921

4877

FECHA DE DILIGENCIAMIENTO: 9.4.05 27

AFP ANTERIOR: _____

ENTIDAD ADMINISTRADORA ANTERIOR: ISS

INFORMACION DEL TRABAJADOR

IDENTIFICACION: 51.648.414

PRIMER APELLIDO: Baquero

SEGUNDO APELLIDO: Baquero

NOMBRE: Dora Herminda

CIUDAD O MUNICIPIO: BGA

DEPARTAMENTO: BGA

TELEFONO: 7135648

TELEFONO: 6161358

Vinculaciones para : CC 51648414							
Tipo de vinculación	Fecha de solicitud	Fecha de proceso	AFP destino	AFP origen	AFP origen antes de reconstrucción	Fecha inicio de efectividad	Fecha fin de efectividad
Traslado régimen	1995-07-05	2004/04/16	PORVENIR	COLPENSIONES		1995-08-01	1997-06-30
Traslado de AFP	1997-05-02	2004/04/16	PROTECCION PORVENIR			1997-07-01	

Omisión en la veracidad de la información que así vista permite afirmar que ese Fondo privado no sólo incurrió en faltas al diligenciar el documento de afiliación, sino que ningún seguimiento adelantó respecto de la vinculación del demandante, entre ellas brindar la información correcta para su caso particular de traslado de régimen.

Prueba que así vista en principio es concreta en el sentido de que el traslado no se realizó de forma correcta en la anotada fecha, deficiencia informativa que también se corroboró con el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, lo que manifestó fue que mientras trabajaba en la Corporación Financiera del Occidente en el año 1994, la encargada de Gestión Humana le informó que un asesor de HORIZONTE S.A le dijo que era mejor cambiarse a este fondo porque el ISS se iba acabar y de pronto iba a perder lo que había aportado al RPMPD, AFP que lo que hizo fue dejar los formularios de vinculación siendo la auxiliar de gestión humana quien los diligenciaba.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy PORVENIR S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora DORA HERMINDA VELASQUEZ BAQUERO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó

una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo– el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, dando lugar, inclusive a la devolución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a ella suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así mismo, en cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele a la demandante, huelga precisar que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que *“... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información”*.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 5 de julio de 1995 con efectividad a partir del 1° de agosto de 1995 se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la publicidad realizada en el diario el TIEMPO tampoco genera la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

Últimamente, en lo atinente a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar el punto de apelación de los fondos demandados. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado Ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código

Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores

recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes dado el resultado adverso de sus apelaciones. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

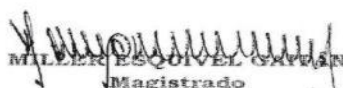
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por DORA HERMINDA VELÁZQUEZ BAQUERO contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

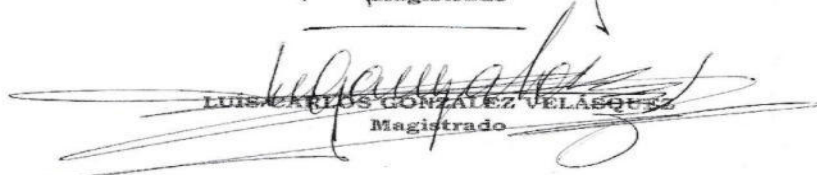
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y COLPENSIONES. Fíjese como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILNER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105013201800715-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES, en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **GILBERTO MALAGÓN CARREÑO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA D EL PILAR MATEUS CIFUENTES en los términos y para los efectos de los poderes conferidos que militan de folios 107 vto a 118.

ANTECEDENTES

GILBERTO MALAGÓN CARREÑO pretende que se declare la nulidad de su traslado del RPMPD al RAIS; y en consecuencia, se ordene a la AFP PORVENIR S.A devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus rendimientos e intereses, entidad esta última que deberá continuar con

la afiliación en el RPMPD; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que desde febrero de 1989 hasta octubre de 1999 cotizó al ISS hoy COLPENSIONES, se trasladó a la AFP PORVENIR S.A en noviembre de 1999 a donde permanece hasta la fecha con todos los aportes realizados al RPMPD, el asesor no le suministró la información necesaria para tomar la decisión induciéndolo en error; en comparación a la pensión de jubilación que le llegare a reconocer la AFP no le resulta favorable con respecto a la que le otorgaría COLPENSIONES en el RPMPD; y ha elevado solicitudes de nulidad de traslado a las demandadas siéndole negadas. (Fls 3-11)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con las afiliaciones a cada una de ellas, los aportes cotizados al ISS trasladados a PORVENIR S.A y las solicitudes elevadas con su respectiva contestación.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES–propuso las excepciones denominadas como prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica. (Fls 46-48)

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y genérica. (Fls 63- 68).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de octubre de 2019, el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a PORVENIR S.A a partir del 1° de diciembre de 1999; y como consecuencia de ello ordenó el traslado de todos los aportes realizados por él y sus respectivos rendimientos a COLPENSIONES, quien deberá recibir los mismos y activar la afiliación del actor en dicha administradora, teniéndose para todos los efectos legales la única afiliación válida al sistema general de pensiones es la realizada a COLPENSIONES; absolvió a las demandadas de las demás

pretensiones elevadas en su contra y condenó en costas a PORVENIR S.A

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación para que se verifique el cumplimiento de las condiciones y lineamientos establecidos por la Corte Suprema de Justicia para proceder a declarar la nulidad o la ineficacia del traslado del régimen efectuado por el demandante como quiera que si bien mi representada no desconoce el deber de información a cargo de las AFP no es menos cierto que la decisión adoptada por el despacho eventualmente implicaría un reconocimiento pensional a su cargo afectando directamente a la Nación quien funge como garante.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la parte recurrente insistió en la prosperidad de su recurso en el sentido de que debe ser revocada la sentencia de primera instancia ya que el traslado efectuado se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, no observándose vicios en el consentimiento al punto que suscribió el formulario donde expresó su intención de afiliarse al RAIS, correspondiéndole demostrar a la demandante sus afirmaciones.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad y por tal razón analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en la el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo, así como si tal declaratoria afecta la sostenibilidad financiera de COLPENSIONES, ello en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política

de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la perdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 74 obra copia del formulario de afiliación a PORVENIR S.A diligenciado el 11 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1° de diciembre de 2004, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folios 72, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. Así mismo se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que trabajaba en la Universidad Javeriana y una asesora de PORVENIR S.A pasaba por los cubículos brindándole una información de 10 minutos en la que le indicó que había una crisis en el ISS y estaban en peligro las pensiones por lo que lo más conveniente en ese momento era pasarse a esa AFP, mostrándole además un artículo del periódico el Espectador donde hablaba sobre la situación del ISS, aceptando que sobre esa información fue que diligenció y firmó el formato de vinculación.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor GILBERTO MALAGÓN CARREÑO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: (i) cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y (ii) en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se

ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A diligenciado el 11 de octubre de 1999 con efectividad a partir del 1º de diciembre del mismo año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, sin que su permanencia en el mismo sanee el acto nulo.

Declaratoria que de ninguna manera afecta o lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones habida cuenta que dicha sostenibilidad se halla garantizada, precisamente con la orden de devolverle la totalidad de aportes girados por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados; de ahí que los recursos que debe reintegrar PORVENIR S.A a COLPENSIONES sean utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que de plano desvirtúa la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.

Se condenará en costas en esta instancia a COLPENSIONES al resultar desfavorable su recurso. Las de la primera instancia se confirman.

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

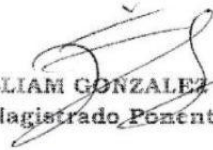
RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 8 de octubre de 2019 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por GILBERTO MALAGÓN CARREÑO en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

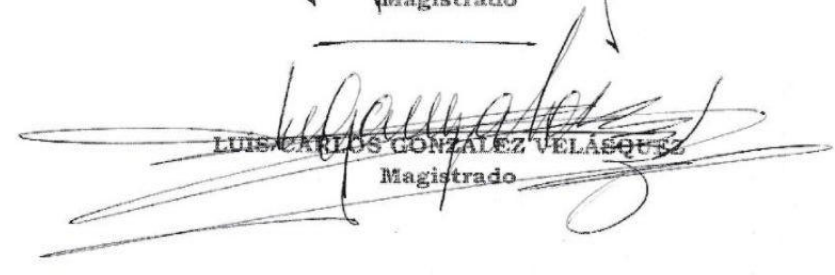
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte recurrente COLPENSIONES. Fijense como agencias en derecho la suma de \$908.526, para cada una de ellas. Las de primera instancia se confirman.

Notifíquese y cúmplase

Los Magistrados,


JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAVÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105035201800079-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ARNULFO BUELVAS
PEÑARREDONDA EN CONTRA DE SEGURIDAD PLENA LIMITADA.**

En Bogotá D.C. a los 30 días del mes de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 17 de julio de 2019¹ por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Arnulfo Buelvas Peñarredonda por medio de apoderado judicial presentó demanda² ordinaria laboral de primera instancia en contra de Seguridad Plena Limitada, para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones; que se declare que entre el señor Arnulfo Buelvas

¹ Sentencia de primera instancia fl. 79.

² Escrito de demanda fls.2 a 6.

Peñarredonda -empleado- y la sociedad Seguridad Plena Limitada -empleadora- existió un contrato de trabajo desde el 23 de octubre de 2014 al 30 de septiembre de 2017, que como consecuencia de la anterior declaración se profirieran en contra de la encartada las siguientes condenas; cesantías desde el 23 de octubre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2017, intereses a las cesantías desde el 23 de octubre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2017, prima de servicios desde el 1° de julio de 2017 hasta el 30 de septiembre de 2017, vacaciones desde el 23 de octubre de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2017, la indemnización por el no pago de las acreencias laborales consistentes en un día de salario en la suma de \$30.066.00 por cada día de retardo a partir del 1° de octubre de 2017 hasta pro los primeros 24 meses -es decir hasta el 30 de septiembre de 2019- y a partir del mes 25 en la razón a los intereses moratorios de la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, la sanción por la no consignación al fondo de cesantías de conformidad a la art. 99 de la ley 50 de 1990 por los años 2014, 2015 y 2016, indemnización por despido, las costas y agencias en derecho y todo aquello que resulte probado por las facultades extra y ultra *petita*.

Los hechos con relevancia jurídica³ a que se contrae el informativo son los siguientes:

El demandante empezó a labora en favor de la demandada el día 23 de octubre de 2014 a través de un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor desempeñando el cargo de “Guardia de Seguridad”, que el contrato de trabajo feneció por “terminación de contrato por cumplimiento de tiempo pactado”, que el horario laborado por el demandante fue por turnos de 6:00 a.m.- 6:00 p.m., en 4 turnos diurnos y posteriormente en 4 turnos nocturnos de 6:00 p.m. a 6:00 a.m. de domingo a domingo, que durante la relación laboral percibió los siguientes salarios:

Año	Salario - Mensual
2014	\$ 750.000
2015	\$ 800.000
2016	\$ 850.000
2017	\$ 902.000

Que la sociedad encartada adeuda en favor del demandante los siguientes conceptos:

³ Hechos de la demanda, fls.2 a 73 del plenario.

Concepto	Fecha de Causación
Cesantías	23-10-2014 al 30-09-2017
Int. Cesantías	23-10-2014 al 30-09-2017
Prima de Servicios	1-07-2017 hasta 30-09-2017
Vacaciones	30 de octubre de 2016 hata 30-09-2017

Que la pasiva manifestó de manera verbal al demandante que había realizado consignación en su favor por concepto de cesantías en el Fondo Nacional del Ahorro, acto que fue desmentido por la entidad mediante certificación expedida en donde informa que “*SEGURIDAD PLENA LIMITDA no ha hecho ninguna consignación en dicha entidad*”, que la demandada afilió a la seguridad social al demandante en Medimás y Colpensiones.

Contestación de la demanda:

Una vez admitida la demanda⁴ y realizada las notificaciones de rigor la encartada mediante apoderado judicial dio contestación al libelo de demanda a través de la documental obrante a folios 40 a 48 del plenario, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto a los hechos aceptó los relacionados con el cargo ejercido por el demandante, la certificación laboral expedida y la afiliación a salud y pensiones, para lo cual argumento que al demandante se le cancelaron todos sus derechos laborales.

Como medios exceptivos propuso los denominados⁵ como: cobro de lo no debido, ausencia de causa, mala fe, inexistencia de la obligación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 17 de julio de 2019⁶, el Juzgado 35° Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO. CONDENAR a SEGURIDAD PLENA LTDA, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia a PAGAR en favor de ARNULFO BUELVAS PEÑARREDONDA, las siguientes cantidades:

- 1. Por concepto de CESANTÍAS \$1.877,729,22.*
- 2. Por concepto de INDEMNIZACIÓN de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, la suma de \$18.426.000.*
- 3. Por concepto de INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO SIN JUSTA*

⁴ Auto de Admisión de fecha 7 de mayo de 2018, visible a f. 25 del plenario.

⁵ Excepciones fl. 47 del plenario.

⁶ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, visible a folio 79 y vuelto del plenario.

CAUSA la suma de \$746.733,33.

4. Por concepto de la INDEMNIZACIÓN de que trata el art. 65 del CST, la suma de \$3.896.000.

SEGUNDO. ABSOLVER de las demás pretensiones a la parte demandada de conformidad con la parte motiva de este proveído.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS en esta instancia a la demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000.”.

Para arribar a esa decisión, consideró el juez de primera instancia que:

Con la documental obrante dentro del plenario se puede establecer que el demandante fue trabajador de la encartada durante el periodo comprendido entre el 24 de octubre de 2014 hasta el 30 de septiembre de 2017, y que a través del reporte de semanas visible a folios 15 y siguientes se estableció que el último salario devengado por el demandante fue de \$974,000.

En cuanto a la prima de servicios y las vacaciones señaló que dichos conceptos fueron cancelados por la pasiva mediante el título judicial, pero que dicha información no se puede predicar respecto de los conceptos de cesantías e intereses a las cesantías de los cuales no obra prueba de su consignación -salvo para el año de 2014- de allí que la sanción por la omisión se imponga.

En lo concerniente a la indemnización por despido sin justa causa, adujo el *A quo* que la causal esbozada por la ex empleadora para dar por terminada la relación laboral, no tiene cabida en el asunto como quiera que, estamos en presencia de un contrato laboral a término fijo inferior a un año el cual se prorrogó en sendas ocasiones por ministerio de la ley, y no a “la terminación de la labor contratada por parte del usuario”.

Por último, consideró que dentro de las conductas desplegadas por la pasiva se puede establecer la mala fe, lo que de suyo indica, que se debe condenar a la sanción moratoria contenida en el art. 65 del CST y SS.

Del recurso de apelación

Inconforme con las resultas del proceso la parte demandada presentó su recurso de apelación⁷ de la siguiente manera:

Indicó el recurrente que a través del título judicial visible a folio 74 del plenario consignado en el Juzgado 12 Municipal de Pequeñas Causas

⁷ CD Medio Magnético folio. 77, Audiencia de Juzgamiento, “48:04”.

Laborales se cancelaron los valores por prestaciones sociales adeudados al demandante, por lo que no sería dable imponer las condenas consagradas en la sentencia apelada esto es sanción por despido injustificado, por no consignación de las cesantías ante el respectivo fondo.

En atención, a la sanción de que trata el art. 65 del CST, manifestó el apelante único que la conducta desplegada por la demandada estuvo regida por la buena fe, de allí que dicha pena no es procedente.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes guardaron silencio, sin embargo, la demandada procedió a remitir pruebas documentales de pagos relacionados con los derechos laborales del demandante, a lo cual debe indicarse que no era el momento procesal oportuno para allegar los mismos.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a los alcances de los recursos presentados, se impone la Sala el resolver los siguientes problemas jurídicos; (i) Si efectivamente, con la constitución del título judicial No 6556707 se cancelaron todos y cada uno de los valores adeudados al demandante y por ende no serían procedentes las condenas impuestas por sanción moratoria por la no consignación de las cesantías del demandante por los periodos de 2015, 2016 y 2017, (ii) Si realmente estamos en presencia de un contrato de trabajo bajo la modalidad de obra o labor y no frente a uno de término fijo inferior a un año, por lo que existe una justa causa para dar por terminado el mismo al darse la terminación de la labor contratada y (iii) Si las conductas desplegadas por la demandada se encuentran revestidas de buena fe, de allí, que no fuera merecedora de la imposición de la sanción de que trata el art. 65 del CST.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Sea lo primero señalar que aspectos como la existencia de la relación laboral y los extremos temporales de la relación, no fueron objetos de discusión en el presente asunto, procede a abordar el estudio de las apelaciones.

Del título judicial y las acreencias laborales.

Solicitó el libelista a través de su escrito de demanda que le fueran reconocidos y pagados los siguientes conceptos

Concepto	Fecha de Causación
Cesantías	23-10-2014 al 30-09-2017
Int. Cesantías	23-10-2014 al 30-09-2017
Prima de Servicios	1-07-2017 hasta 30-09-2017
Vacaciones	30 de octubre de 2016 hata 30-09-2017

Ya que, a su juicio su empleadora no canceló durante el transcurso de la relación laboral, así las cosas, estaría en cabeza de la pasiva aportas los medios de convicción idóneos que demuestren que efectivamente los pagos acusados fueron cancelados, por lo que a folio 76 del informativo obra liquidación de prestaciones sociales efectuadas al demandante en donde se establece:

CONCEPTOS	VALORES
Cesantías	\$ 2.377.054,00
Int. a las Cesantías	\$ 262.332,00
Prima Proprcional	\$ 222.715,00
Sub Total	\$ 3.828.826,00
Turnos Adicionales	\$ 0
Bonificaciones	\$ 0
Turnos de Trabajo	\$ 0
Total	\$ 3.828.826,00
Menos Abonos	\$ 1.000.000,00
	\$ 2.828.826,00
Neto a Pagar	
FNA	\$ 1.236.050,00
VR a Girar	\$ 1.592.776,00

Pagos que tiene como sustento el titulo judicial No.6556707 visible a f. 74 del plenario, por valor de \$1.592.776. En ese orden de ideas es claro para esta Sala de decisión -y como bien lo estableció la primera instancia- que los conceptos correspondientes vacaciones y prima de servicios ya se

encuentran cubiertos, pero que dicha afirmación no es predicable respecto a las cesantías y sus correspondientes interés, ya que si bien a lo largo de su escrito de contestación de demanda como en la sustentación del recurso la pasiva plantea que el saldo correspondiente a la suma de \$1.236.050 fue consignado en el Fondo Nacional del Ahorro, no es menos cierto es que, a través de la constancia emitida por la entidad, la cual milita a fol. 11 del informativo, solo señala:

“Que, según el extracto de cesantías procesado por el sistema, el (la) señor (a) BUELBAS PEÑARREDONDA ARNULFO identificado (a) con cédula de ciudadanía número 92.025.238 es afiliado (a) desde hace 34 meses con la (s) siguiente (s) entidad (es):

SEGURIDAD PLENA LIMITADA (ACT NO APORTANTE) \$176.552.”.

Por otra parte, obra respuesta emitida a la demandada por parte del FNA, en lo que respecta a la situación del demandante, en la que le informa:

“De acuerdo con lo manifestado por el área encargada División de Afiliados y Entidades y validado el sistema, la fecha de vinculación al FNA fue el 3 de abril de 2013 y el afiliado se encuentra en estado activo.

En cuanto a las cesantías consignadas por la empresa SEGURIDAD PLENA LTDA, y si estas fueron retiradas al respecto no permitimos indicarle que la información financiera de cada afiliado o consumidor financiero goza de un carácter reservado y en aplicación a la ley de habeas data, se restringe el suministro de dicha información únicamente al titular de la misma o en su defecto a personas debidamente autorizadas por estos o sus causahabientes o mediante orden judicial”.

Documentos que permiten establecer, que efectivamente la pasiva incumplió su deber de cancelar el pago de las cesantías en favor del demandante, por lo que se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

De la modalidad del contrato de trabajo.

Nuestro ordenamiento jurídico en su especialidad laboral consagra distintas modalidades del contrato de trabajo las cuales son celebrados en virtud de la voluntad de las partes y el objeto mismo, el capítulo IV del título I del Código Sustantivo del Trabajo precisamente se titula “Modalidades del contrato” y allí se distinguen según su forma y según su duración. Las modalidades del contrato de trabajo según su duración son básicamente a término fijo, a término indefinido, de obra o labor y transitorio.

El contrato de trabajo a término fijo está regulado por el artículo 46⁸ del código laboral y señala que como máximo debe tener una duración de 3 años, pero puede ser renovado indefinidamente.

Para que este contrato no se renueve de forma automática, es preciso que la parte que no quiere continuar con el contrato notifique a la otra su decisión de no renovar el contrato de trabajo con una anticipación de por lo menos 30 días.

En cuanto al contrato de trabajo por obra o labor, este hace referencia a un contrato a término fijo cuya duración depende del tiempo necesario para terminar la obra o ejecutar la labor que dio origen al contrato, de suerte que terminada la obra finalizado el contrato de trabajo, y es a esta última modalidad a la que se refiere el recurrente en su contestación como en la presentación de su recurso, como la celebrada entre las partes, tanto es así que en la comunicación dirigida al demandante visible a fol.13, como causa para dar terminada la relación laboral le indica: “*Con lo anterior se está dando cumplimiento a la CLAUSULA SEPTIMA, literal P). Por terminación de la obra contratada por parte del usuario*”, así mismo a fol.12 del plenario en la constancia emitida por la encartada en la que expresó:

*“(...) El señor BUELVAS PEÑARREDONDA ARNULFO identificado con cedula ciudadanía No. 92.025.238 de CINCE (Sucre). Laboró en la empresa desempeñando el cargo de VIGILANTE, desde el día 23 DE OCTUBRE DE 2014, hasta el día 30 de septiembre de 2017, **su terminación de contrato fue por terminación de laboral contratada**”.* (Negrilla y subrayado por fuera del texto original)

En ese orden de ideas, la mencionada causal alegada resulta ser ajena a la verdadera modalidad escogida, pues a folios 49 a 51 del informativo, obra “CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO INFERIOR A UN AÑO”, por lo que no son de recibo los argumentos esgrimidos por la parte pasiva, pues claramente estamos en presencia de un contrato término fijo inferior a un año el cual fue prorrogado en sendas ocasiones, sin que exista comunicación proveniente de ninguna de las partes en donde se señale su voluntad de dar por terminado el vínculo, a un mes de su vencimiento.

A partir de lo señalado, es claro para la Sala que el contrato laboral pactando a término inferior a un año -6 meses en el caso *sub judice*- inicio

⁸ <Artículo subrogado por el artículo 3o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> El contrato de trabajo a término fijo debe constar siempre por escrito y su duración no puede ser superior a tres años, pero es renovable indefinidamente.

Si antes de la fecha del vencimiento del término estipulado, ninguna de las partes avisare por escrito a la otra su determinación de no prorrogar el contrato, con una antelación no inferior a treinta (30) días, éste se entenderá renovado por un periodo igual al inicialmente pactado, y así sucesivamente.

2. No obstante, si el término fijo es inferior a un (1) año, únicamente podrá prorrogarse sucesivamente el contrato hasta por tres (3) periodos iguales o inferiores, al cabo de los cuales el término de renovación no podrá ser inferior a un (1) año, y así sucesivamente.

el día 24 de octubre de 2014 y al ser prorrogado en tres ocasiones por el mismo periodo se tiene que el mismo se extendió hasta el 24 de octubre de 2016 fecha en la cual el contrato se renovó por un año, es decir, la fecha de terminación del contrato iría hasta el 24 de octubre de 2017, y al ser terminado el contrato el día 30 de septiembre de 2017 sin que se alegara ninguna de las justa causas contempladas en el art. 62 del CST y SS, es claro que le asiste el derecho al demandante al pago de la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, por lo que se confirmará la sentencia apelada en este aspecto.

De la indemnización de que trata el art. 65 del CST y SS.

En cuanto a la imposición de esta sanción, que conforme a la ley procede cuando el empleador incumple su obligación de pagar salarios y prestaciones sociales al término del vínculo laboral, la Corte ha enseñado que no opera de manera automática ni axiomática, sino que debe estar precedida de la indagación de la conducta y razones aducidas por el deudor.

Siendo así, se recuerda que, al resolver previamente las inconformidades del recurrente, se arribó a la conclusión de que la pasiva incumplió con su deber legal de cancelar en favor del demandante el valor correspondientes a las cesantías, y revisada la liquidación definitiva de tal prestación se encontró que allí se incluyeron pero que en la realidad no logró demostrar su pago por los periodos comprendidos entre los años 2015 al 2017, así como tampoco logró acreditar razones que justificaran dicho actuar, por lo que al vulnerar los derechos del ex trabajador hoy demandante en la magnitud apreciada se puede predicar la existencia de su mala fe.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 17 de julio de 2019⁹ por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$500.000.00 pesos y en favor de la parte demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

⁹ Sentencia de primera instancia fl. 333.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 17 de julio de 2019 por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Arnulfo Buelvas Peñarredonda contra Seguridad Plena LTDA.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$500.000.00 pesos y en favor de la parte demandante, se confirman las de primera instancia dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase,



JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105014201700472-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORA LILIANA LIZARAZO DÍAZ
CONTRA DISTRIVALLES S.A.**

En Bogotá D.C. a los 30 días de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación presentado por las partes en contra de la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019¹ por el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

¹ Acta de Audiencia art. 80 CT y SS f. 320-321.

La señora Dora Liliana Lizarazo Díaz por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia contra la DISTRIVALLES S.A., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones:

Que se declare la existencia de un contrato entre las partes que inicio el 20 de septiembre de 2010 al 3 de agosto de 2015, que se declare que la demandada no pagó en forma completa los salarios y las prestaciones sociales durante los años 2014 y 2015, que la encartada al incumplir con las obligaciones como empleador obligó a la demandante a dar por terminada la relación laboral y por ende le corresponde el pago de la indemnización por despido sin justa causa.

Que en consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada a reconocer y pagar la indemnización por despido sin justa causa de conformidad al art. 64 del CST y SS, a reconocer y pagar los salarios dejados de cancelar en forma completa durante toda la vigencia del contrato de trabajo, al pago de la reliquidación de las primas, vacaciones, cesantías, intereses a la cesantías, aportes a seguridad social no canceladas en forma completa y oportuna entre el 1° de enero de 2014 y el 3 de agosto de 2015, el pago de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, por el no pago completo y oportuno de los intereses a las cesantías, la indemnización de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, que las sumas reconocidas sean debidamente indexadas, el pago de las costas y agencias en derecho y todos aquellos derechos que resulten probadas en extra y ultra *petita*.

Los hechos con relevancia jurídica² a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 20 de septiembre de 2010, que se pactó como salario básico la suma de \$1.500.000, auxilio de vehículo y comisiones por ventas por lo que el salario promedio mensual de la demandante ascendió a la suma de \$2.500.000, que para el pago de las comisiones se estableció una tabla de acuerdo con las diferentes líneas de productos -líneas que eran ofrecidas a potenciales clientes-, que adicionalmente a la demandante le era reconocida una bonificación por metas establecidas que dependían del porcentaje alcanzado, que al vender productos que se encontraban con descuentos la demandante obtenía una comisión del 5%, que la empresa al contratar bajo la figura de “retenido de obras” le eran retenidos hasta valores equivalente hasta el 10% de la labor contratada y al momento de la liquidación de los mencionados contratados la demandante se le pagaban comisiones sobre el valor retenido, que a la señora Lizarazo Díaz desde el

² Libelo de demandada folios 18 a 23 y 37 a 42.

año 2014 hasta la fecha de la terminación de la relación laboral se le dejaron de pagar comisiones, que para los años 2014 y 2015 la demandante realizó ventas hasta por \$1.000.000.000 y \$1.300.000.000 correspondientemente en favor de la demandada, que el contrato de trabajo inicial no tuvo modificaciones respecto a la forma en que se pagarían las comisiones, que ante la negativa de acceder a un cambio en las condiciones del vínculo laboral a la demandante se le dejó de cancelar dicho rubro, que ante los incumplimientos por parte de la ex empleadora la demandante se vio en la obligación de presentar renuncia al cargo que venía desempeñando el día 3 de agosto de 2015, que el promedio del salario devengando por la promotora del proceso para los años 2014 y 2015 correspondió a las sumas de \$7.000.000 y \$8.000.000 y que para las fechas en mención no se le tuvo en cuenta estos salarios para el pago de sus prestaciones sociales.

Contestación de la demanda:

Una vez admitida la demanda³ y realizada las notificaciones de rigor la encartada mediante apoderado judicial contestó el libelo de demanda a través de la documental obrante a folios 152 a 168 del plenario, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto a los hechos aceptó los relacionados con los extremos temporales del vínculo laboral, el pago de “auxilio de vehículo”, la existencia de una “tabla que establecía las comisiones” y de las líneas de productos y la existencia y pago de bonificaciones por metas alcanzadas en ventas, además dijo que la demandante siempre estuvo vinculada con la empresa mediante un contrato a término indefinido, desempeñando el cargo de asesora comercial, que se pactó que la demandante tenía derecho a un salario fijo y un salario variable representado en comisiones y un auxilio extra legal de vehículo de carácter no salarial, las comisiones no se reconocían por venta, sino por recaudo, es decir, por dinero recolectado, que se tenían establecidas unas variables para su reconocimiento, tales como; la realidad de la economía, las condiciones del mercado y expectativas razonables de mercado, por último, manifiesta que se pagaron todas sus comisiones y acreencias laborales, sin que se adeude suma alguna.

Como medios exceptivos propuso los denominados⁴ como: inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de prueba idónea en relación con el vínculo contractual alegado, buena fe de la empresa, temeridad de la demanda, compensación y enriquecimiento injusto y prescripción.

³ Auto de Admisión de fecha 7 de noviembre de 2017, visible a f. 46 del plenario.

⁴ Excepciones fls. 161 a 163 del plenario.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 31 de mayo de 2019⁵, el Juzgado 14 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO. – DECLARAR que la terminación del contrato de trabajo de la señora **DORA LILIANA LIZARAZO DÍAZ** lo fue por causas imputables a su empleador **DISTRIVALLES S.A.**

SEGUNDO. – como consecuencia de lo anterior, **CONDENAR** a la demandada sociedad **DISTRIVALLES S.A.**, a pagar a la demandante **DORA LILIANA LIZARAZO DÍAZ**, la suma de \$9.603.927,94, que debe pagarse debidamente INDEXADA desde el momento que se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago.

TERCERO. – ABSOLVER a la demandada sociedad **DISTRIVALLES S.A.**, de las demás pretensiones incoadas en su contra por la parte accionante, de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este proveído.

CUARTO. – DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por el extremo pasivo en relación con la pretensión que salió avante.

QUINTO. – CONDENAR EN COSTAS de la acción a la parte demandada...”.

Como fundamento de la decisión la *A quo* expuso:

Respecto al pago de las comisiones deprecadas en el escrito de demanda, manifestó que, dentro del asunto, la parte demandante, en su esfuerzo probatorio desplegado no logró demostrar con precisión cuales fueron esas comisiones adeudadas por parte de la ex empleadora, así como la existencia de las diferencias insolutas alegadas, ya que solo, se limitó a señalar de manera genérica este hecho. Además, precisó la *A quo* que las comisiones no se generaban con la sola gestión de ventas realizadas -como se expuso en el libelo introductorio-, sino, por el recaudo efectivo de las facturas o contratos que soportaban dicha gestión -situación que tampoco se demostró-. Como consecuencia de lo anterior, se despacharon en el mismo sentido las suplicas relacionadas con las sanciones suplicadas, reliquidación de prestaciones y aportes a seguridad social, pues su suerte dependía del reconocimiento de las comisiones.

⁵ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, visible a folios 320 y 321 del plenario.

En lo referente al pago de la indemnización por despido indirecto, consideró que la demandada al modificar de manera unilateral las condiciones contractuales respecto a los parámetros para liquidar las comisiones, y sin contar con el beneplácito de quien fuese su empleada, incumplió sus obligaciones, por lo que se encuentran fundadas las razones por las cuales la promotora del proceso dio por terminado el vínculo laboral.

Del recurso de apelación

Inconformes con los resultados del proceso tanto la parte demandante como la demandada presentaron sus respectivos recursos de apelación de la siguiente manera:

Parte demandante⁶: Radicó su inconformidad con la decisión adoptada, argumentando que dentro del material probatorio obrante dentro del plenario, es suficiente para determinar el monto de los valores adeudados por concepto de “comisiones”, en referencia a los documentos obrantes no se encuentran suscritos, no menos cierto es que los mismos no fueron objeto de tacha u objeción alguna por parte de la demandada, por lo que gozan de toda validez probatoria, lo que conllevaría al pago de las reliquidaciones deprecadas.

Parte demandada⁷: Expresó la encartada que, dentro del transcurso del proceso, la demandante incumplió con su deber procesal de demostrar cuales fueron esas desmejoras en sus condiciones laborales que fueron usadas como sustento para acabar con el contrato de trabajo, pues la sola enunciación de estar en desacuerdo con las nuevas condiciones no basta para que opere la causal. Por otro lado, indicó que el juez de primera instancia paso por alto elementos fundamentales como el relacionado con los términos y condiciones de las condiciones de recaudo que no fueron especificados en el contrato de trabajo ni en ningún otro documento adicional, de los otros sí es obrantes dentro del plenario adujo, que estos fueron desconocidos por la llamada a juicio y que los porcentajes allí estipulados no fueron usados para la liquidación de las comisiones en favor de la demandante.

Señaló, además, que el porcentaje estipulado para las comisiones obedeció a criterios objetivos, que atendían a las circunstancias del mercado y a las estrategias de mercado adoptadas por la empresa demandada, circunstancias que encuentra fundamento en el *ius variandi*, sumado a que, con el cambio no se vieron afectados el honor, la seguridad la dignidad y los derechos mínimos del empleado.

⁶ CD Medio Magnético folio. 319, Audiencia de Juzgamiento, “45:05”.

⁷ CD Medio Magnético folio. 319, Audiencia de Juzgamiento, “47:43”.

Respecto al cambio de las comisiones, expuso que el juzgador no realizó un análisis del desempeño del trabajador en sus ventas y recaudos, toda vez que a partir de las pruebas obrantes dentro del proceso se puede constatar que el recaudo realizado por la demandante en el 2014 fue sustancialmente mayor a lo facturado en el 2015.

Alegatos de conclusión

Una vez vencido el correspondiente traslado la parte demandante solicita revocar parcialmente la sentencia y que en su lugar se condene a la demandada al pago de todas las pretensiones solicitadas en el escrito inicial de la demanda, toda vez que fue decretada como prueba CD aportado en el que se pueden corroborar todos los salarios y comisiones devengadas por la demandante. Por su parte, la demandada solicita se revoque la sentencia proferida en primera instancia en cuanto a la condena impuesta y se absuelva de todas las pretensiones.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a los alcances de los recursos presentados, se impone la Sala el resolver los siguientes problemas jurídicos; (i) Si efectivamente la parte demandante, logró acreditar dentro del acervo probatorio la causación de las comisiones que pretende le sean reconocidas, y si en caso afirmativo, hay lugar a la reliquidación de las prestaciones sociales, aportes a seguridad social, y las indemnizaciones pretendidas y (ii) Si los cambios en los parámetros en la forma en que se liquidaban las comisiones a la demandante tienen como fundamento el *ius variandi*, o sí en el caso contrario fueron medidas arbitrarias que dieron lugar a la terminación de la relación laboral por parte de la promotora del proceso.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS). Sea lo primero señalar que aspectos como la existencia de la relación laboral, la modalidad del contrato celebrado entra las partes y los extremos temporales, no fueron objetos de discusión en el presente asunto, así las cosas, se procede a abordar el estudio de las apelaciones.

De las comisiones y la carga de la prueba.

En torno a resolver la primera controversia presente en el asunto *sub judice* se debe señalar que efectivamente la hoy demandante, durante el lapso en el que se extendió la relación laboral, le eran reconocidos el pago de comisiones, situación que quedó plenamente demostrada con la aportación de los distintos desprendibles de nómina obrantes a folios 70, 72, 74, 78, 80, 82, 84, 86, 88, 90, 92, 94, 99, 101, 103 y 105 del informativo, y de las cuales se puede establecer sin equivocación alguna que las mismas fueron reconocidas y pagadas por quien fuese su empleador.

Ahora bien, como quiera que la pretensión principal de la demandante va encaminada a que se declare que la encartada no pagó de forma correcta las comisiones causadas por su labor, debe indicar esta Sala de decisión que, en este caso le incumbe a la parte que afirma el hecho, el aportar los medios de prueba idóneos que sirvan de sustento a su afirmación, situación que no se presentó, pues recordemos que el reconocimiento de las comisiones nunca fue objeto de discusión, pero en cambio lo fue, la forma de su liquidación, los periodos que a juicio de la demandante no se reconocieron y aquellos que si se reconocieron pero no de forma completa, por lo que se impone a la demandante el deber de acreditar cuales fueron esos rubros no reconocidos y cuales fueron reconocidos de forma parcial.

Adentrándonos en el material probatorio que se aporta al expediente, basta solo con señalar que ninguno de los documentos da información precisa acerca de las actividades por las cuales la hoy reclamante solicita el reconocimiento del rubro deprecado, razones más que suficientes para confirmar la decisión adoptada por la *A quo*. En cuanto al CD al que hace referencia en sus alegatos de conclusión y que se encuentra a folio 169 denominado “histórico salarios y comisiones”, una vez fue revisado el mismo se encuentra en blanco y no contiene ningún documento.

Del despido indirecto y el *ius variandi*.

Sobre este punto de la controversia debe este cuerpo colegiado señalar que, con base a lo adoctrinado por la H. CSJ Sala de Casación Laboral, que quien alega un despido indirecto debe demostrar los hechos generadores de la terminación unilateral del contrato, y que estos fueron comunicados al empleador en la carta de dimisión (CSJ SL4691-2018, CSJ SL13681-2016, CSJ SL3288-2018, CSJ SL, 9 ago. 2011, rad. 41490 entre otras). En esta última providencia referida se indicó:

“Antes de adentrarse la Sala en el análisis de los medios de convicción acusados en lo atinente a esta súplica, es pertinente recordar, lo que de antaño ha adoctrinado esta Corporación, en el sentido de que cuando el empleado termina unilateralmente el contrato de trabajo aduciendo justas causas para ello, mediante la figura del despido indirecto o auto despido, le corresponderá demostrar el despido, esto es, los motivos que indicó para imputarle dichas causales a su empleador. Pero si este último, a su vez, alega hechos con los cuales pretende justificar su conducta, es incuestionable que a él corresponde el deber de probarlos. Situación muy diferente acontece cuando el empleador rompe el vínculo contractual en forma unilateral, invocando justas causas para esa decisión, en cuyo caso el trabajador sólo tiene que comprobar el hecho del despido y al patrono las razones o motivos por él señalados (Sentencia del 22 de abril de 1993 radicado 5272).”

Dicho lo anterior, obra a folios 6 a 13 del informativo carta de “terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del trabajador imputable al empleador” de calenda 3 de agosto de 2015, en la que la demandante expone como motivos de su decisión:

“3. Las comisiones pactadas conmigo según lo manifestado en el punto uno, se fijaron conforme con las líneas de productos que manejaba en ese entonces la compañía así:

- *Gesfor Tubería en PVC venta del producto con una comisión del 0,85% del total de la venta por ser una línea nacional.*
- *Corona, todas las líneas para el canal constructo para venta del producto, pisos, paredes, grifería, porcelana sanitaria, etc. Con comisión del 0,85% por ser línea nacional.*
- *Instalación líneas nacionales 1,50%.*
- *Corev, PRECOR línea de revestimientos arquitectónicos, pinturas, etc. Con una comisión del 3% por ser una línea importada.*

4. Conforme con lo pactado entre empleador y trabajadora, las comisiones se reciben por recaudo del mes, para los casos de las líneas nacionales:

- *Comisión del 0,85% + bonificación por cumplimiento del presupuesto.*
- *Entre el (100% y 109%) 10% del valor de la comisión.*
- *Entre el (110% y 119,9%) 20% del valor de la comisión.*
- *Entre el (>120%) 25 % del valor de la comisión.*

5. Conforme con lo pactado entre el empleador y trabajadora, las comisiones se reciben por recaudo del mes, para los casis de las líneas importadas, en suministro o instalación:

- *Comisión del 3% + bonificación por cumplimiento del presupuesto.*
- *Entre (100% y 109,9%) 20% del valor de la comisión.*
- *Entre (110% y 119,9%) 40% del valor de la comisión.*
- *Entre (>120%) 25% del valor de la comisión.*

6. Adicionalmente, debido a las altas existencia de producto en inventario y con el fin de vender el producto de manera más rápida, la empresa estableció que este producto tendría un descuento del 10% al

25%, para el cliente y la venta generaba para mí un 5% en la comisión como asesora. Igualmente se pactó que los retenidos de Obra, no tenían vencimiento y generan una comisión del mismo valor Corev 3%, Precor 3% y Corona 1,5%.”.

Así mismo expuso situaciones como que para el año 2013 la demandada incumplió con el pago de comisiones y bonificaciones establecidas⁸ donde se omitió el pago del 3% estipulado para la línea importada pagándose solo el 1,5% o el 2%⁹, que en marzo de 2014 luego de una reunión al grupo de asesores se le informó de un problema de liquidez por el cual la empresa estaba atravesando y que en la misma reunión se les presentó a la nueva Gerente General quien les informa que se harían cambios en las condiciones laborales entregándoles otro sí que se abstuvo de firmar¹⁰, que a finales de noviembre de 2014 se nombró a un nuevo Gerente General quien le envió nuevamente el otro sí para su firma el cual nuevamente se negó a firmar como quiera que la empresa continuaba sin pagar las comisiones y bonificaciones que le adeudaban, por lo que en ese mismo momento se le informó que se harían cambios sustanciales a las condiciones laborales como cambios en las comisiones, que los pagos retenidos de obra no los seguirían cancelado y que las bonificaciones ya no se cancelarían.^{11 12}

Del párrafo anterior, claramente se puede apreciar que el fundamento angular expuesto por la promotora del proceso, para dar por terminada la relación, se centró, -en lo que a su juicio- fueron unos cambios unilaterales e inconsultos, a las condiciones laborales estipuladas inicialmente, por lo que se debe verificar la efectiva existencia del agravio acusado, es así, que procede la Sala a analizar las condiciones pactadas en el contrato primigenio, encontrando a folios 14 a 17 y 64 a 69 del plenario el “contrato de trabajo individual a término fijo¹³”, en donde en lo que respecta al tema de comisiones -en su cláusula 2^a¹⁴- no se hizo mayor precisión en el asunto.

Por lo que, para esclarecer el asunto, se debe recurrir a los demás documentales recaudados dentro del expediente, siendo así que en el escrito de contestación visible a folios 152 a 168 del plenario, en los hechos 22 y 22, se aportó tabla en la cual se estableció el porcentaje de comisiones aplicado, advirtiendo la Sala que solo transcribirá los

⁸ Hecho No. 7 – f. 8.

⁹ Hecho No. 8 – f.8

¹⁰ Hecho No. 9 – f.8.

¹¹ Hecho No. 11 – f. 9.

¹² Hecho No. 12 – f. 9.

¹³ Contrato de trabajo a término fijo del 20 de septiembre de 2010.

¹⁴ “Se aclara y se conviene que en los casos en que EL TRABAJADOR devengue comisiones o cualquier otra modalidad de salario variable el 82,5% de dichos ingresos, constituye remuneración ordinaria, y el 17,5% restante será destinado a remunerar el descanso en los días dominicales y festivos de que tratan las normas antes citadas.”.

porcentajes reconocidos para los años 2014 y 2015, como quiera que estos periodos son los acusados por la demandante en su escrito de demanda.

Línea de Productos Nacionales.

Año	Producto	Comision	Condición
2014	Comercialización CORONA - PVC	0,85%	IDEM excepto agosto y diciembre - Recaudo de facturas vencidas entre 0 - 65 días
		0,43%	IDEM excepto agosto y diciembre - Recaudo de facturas vencidas entre 66 - 90 días
	Instalación Nacional	1,00%	Recaudo de facturas vencidas entre 0 - 65 días.
		0,50%	Recaudo de facturas vencidas entre 66 - 90 días.

Año	Producto	Comisión	Condición
2015	Comercialización CORONA - PVC	0,90%	Recaudo de facturas vencidas entre 0 - 65 días.
		0,45%	Recaudo de facturas vencidas entre 66 - 90 días.
	Instalación Nacional	1,00%	Recaudo de facturas vencidas entre 0 - 60 días.
		0,50%	Recaudo de facturas vencidas entre 61 - 70 días.

Línea de productos importados.

Año	Producto	Comisión	Condicion
2014	Comercialización COREV	3,00%	Recaudo de facturas corrientes
		2,50%	Recaudo de facturas con descuentos del 15% - 20%
		2,00%	Recaudo de facturas con descuentos del 25% - 30%
	Intalación COREV Importado	3,00%	Recaudo de facturas corrientes
		1,50%	Recaudo de facturas vencidas.
	Instalación PRECOR	2,00%	Recaudo de facturas corrientes
		1,00%	Recaudo de facturas vencidas.
	Instalación Importados - Nuevos Clientes	3,50%	Recaudo de facturas.

Año	Producto	Comisión	Condicion
2015	Comercialización COREV	1,90%	Recaudo de factura vencida entre 0 - 60 días. Producto sin decuento.
		0,95%	Recaudo de factura vencida entre 61 - 70 días. Producto sin decuento.
	Intalación COREV Importado	2,00%	Recaudo de factura vencida entre 0 - 60 días.
		1,00%	Recaudo de factura vencida entre 61 - 70 días.
	Instalación PRECOR	2,00%	Recaudo de factura vencida entre 0 - 60 días.
		1,00%	Recaudo de factura vencida entre 61 - 90 días.

En atención a las tablas traídas a colación se puede arribar a la conclusión de que para el año 2015, existieron unas desmejoras a las condiciones laborales de la demandante, respecto a los parámetros establecidos en lo que respecta a los porcentajes de las comisiones de “línea importada”, desmejoras que naturalmente repercuten en el salario de la demandante, de allí que las razones esbozadas en el escrito de terminación de la relación laboral se encuentren investidos de total validez.

Ahora, en lo que respecta al *ius variandi*, este se puede definir como la facultad del contratante de variar las condiciones del contrato de trabajo de manera unilateral y sin contar con su consentimiento, el cual no es más que una manifestación del poder subordinante, que ejerce el empleador sobre sus trabajadores y el cual se concreta cuando el primero -empleador- modifica respecto del segundo -trabajador- la prestación personal del servicio en lo atinente al lugar, tiempo o modo del trabajo y que se deriva del elemento de subordinación contenido en el art. 23 del CST y SS¹⁵.

Una vez determinado lo anterior, se debe indicar, que dicha facultad no es absoluta e ilimitada, y es procedente solo en la medida en que no afecten elementos fundamentales en la relación, y el hecho de disminuir el salario hace precisamente lo prohibido, pues la variación del elemento salario no es una facultad unilateral del empleador. Lo anterior significa, que la rebaja del salario solo es dable si se cuenta con la autorización del empleado, previsión que, para el asunto bajo examen, no se presentó ni de forma expresa ni tacita, máxime cuando la misma demandante expreso a través de comunicaciones de calenda 2 de octubre de 2014¹⁶ y 4 de noviembre de 2014¹⁷, su desacuerdo con los nuevos parámetros para el cálculo de las comisiones. Por lo que se confirmará la decisión apelada en este aspecto.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 31 de mayo de 2019 por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

¹⁵ “1. Para que haya contrato de trabajo se requiere que concurran estos tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo. // b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte, el honor la dignidad y los derechos mínimos del trabajador en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país. // c) Un salario como retribución del servicio”.

¹⁶ Folio 170.

¹⁷ Folio 173.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia de decisión.

Notifiquese y cúmplase



JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105037201600644-02

ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDUARDO ESCOBAR CARRAZA COMO DEMANDANTE Y REPRESENTANTE LEGAL DE SU HIJO MENOR DE EDAD SAMUEL ESCOBAR HERRERA Y NATHALIA ESCOBAR HERRERA (LITIS CONSORTE NECESARIO) CONTRA ANDRÉS OSUNA ARCINIEGAS Y LA SOCIEDAD RECTAMENTE NEUROFEEDBACK S.A.S.

En Bogotá D.C. a los 30 días de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada en contra de la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018¹ por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

¹ Sentencia de primera instancia fl. 333.

ANTECEDENTES

El señor Eduardo Escobar Carranza por medio de apoderado judicial presentó demanda² ordinaria laboral de primera instancia en contra de Andrés Osuna Arciniegas, para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones: Que se declare que entre el señor Andrés Osuna Arciniegas y la señora Nelly Jannet Herrera (q.e.p.d.) existió un contrato verbal el que se considera a término indefinido, que se declare que existía la obligación constitucional y legal de afiliar al Sistema General de Seguridad Social a la señora Nelly Jannet Herrera (q.e.p.d.).

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se profieran en contra de la demandada y en favor de la parte demandante, las siguientes condenas: Reconocer y pagar en favor del demandante en calidad de cónyuge sobreviviente de quien en vida respondía al nombre de Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» los salarios dejados de percibir desde el 1° de septiembre de 2015 -fecha en la cual se encontraba incapacitada- hasta el 18 de diciembre de ese mismo -fecha en la que se produjo su deceso-, el pago de las vacaciones, cesantías e intereses a las cesantías causadas y no canceladas por los años 2012, 2013 y 2014, la sanción de que trata la Ley 50 de 1990, la sanción de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, la pensión de sobrevivientes por el deceso de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» fallecida el 18 de diciembre de 2015, los derechos que resulten probados en extra y ultra *petita* y las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria que se condene a los demandados a afiliar y cancelar los aportes a salud y pensión obligatorios por el contrato laboral suscrito entre Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» y el señor Andrés Osuna Arciniegas, en forma retroactiva desde el 12 de abril de 2012 fecha en que inicio labores.

Los hechos con relevancia jurídica³ a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que el día 12 de abril de 2012 entre la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» y el señor Andrés Osuna Arciniegas se celebró contrato de trabajo de forma verbal para desempeñar el cargo de secretaria, que se estableció un horario de trabajo de lunes a viernes de 9:00 a.m. a 6:00 p.m., y los sábados de 8:00 a.m. a 1:00 p.m., como salario se pactó la suma de \$566.700.00 el cual se mantuvo hasta diciembre de 2012, que la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» en ningún momento fue afiliada a

² Escrito de demanda fls.3 a 9.

³ Hechos de la demanda, fls.5 a 7 del plenario.

seguridad social, que el contrato inicial fue modificado en el aspecto salarial donde se convino el pago de un salario de \$1.500.000 esto es desde enero de 2013, que la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» el día 1° de septiembre de 2014 momento en que se encontraba trabajando sufrió convulsiones que le hicieron perder el conocimiento por lo que fue trasladada a la clínica Del Bosque, que durante los días 2 y 3 de septiembre de 2014 -previo exámenes médicos realizados- se le diagnosticó un “tumor cerebral”, que la enfermedad fue diagnosticada en la EPS Famisanar -en la cual estuvo afiliada como beneficiaria de su esposo- , que el día 7 de septiembre de 2014 el señor Andrés Osuna Arciniegas le hizo un giro a la Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» por valor de \$1.000.000 después de insistirle por ayuda para el pago de medicamentos, que a la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» se le practicó una cirugía, que el señor demandado canceló la quincena correspondiente del 1° al 15 de septiembre de 2014 en favor de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» , que el día 2 de octubre de 2014 le hace un nuevo giro por valor de \$400.000 el cual al ser cuestionado por el valor del mismo por parte de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» el señor Osuna Arciniegas le respondió que no le estaba yendo bien con la empresa, que el día 8 de abril de 2015 mediante acción de tutela presentada por la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» el Juzgado 45 Penal Municipal le amparó sus derechos fundamentales a seguridad social y estabilidad laboral reforzado, que al ser impugnada la decisión por parte del señor Osuna Arciniegas el Juzgado 51 Penal del Circuito de Bogotá confirmó la decisión adoptada en primera instancia, que el día 8 de julio de 2015 la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» fue afiliada a la EPS Famisanar en atención a lo ordenado en la acción de tutela, que el día 5 de octubre de 2015 se le informa a la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» que *“la enfermedad no tiene opción terapéutica y solamente se puede realizar tratamientos paliativos con esteroides que se suministraban vía oral y que la paciente pueda permanecer en su casa”*, que la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» falleció el día 18 de diciembre de 2015 en consecuencia del linfoma de célula B diagnosticado, que el último salario cancelado en favor de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» durante el año 2014 fue por valor de \$1.500.000 m/cte. el cual se le canceló en el mes de agosto.

Contestación de la demanda:

Una vez admitida la demanda⁴ y realizada las notificaciones de rigor la encartada mediante apoderado judicial dio contestación al libelo de demanda a través de la documental obrante a folios 231 a 239 del plenario, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto a los hechos aceptó los relacionados con el primer salario pactado, de los demás señaló que no eran cierto, parcialmente cierto y

⁴ Auto de Admisión de fecha 15 de junio de 2016, visible a f. 219 del plenario.

negó los demás. Como medios exceptivos propuso los denominados⁵ como inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y falta de legitimación por pasiva.

RECTAMENTE NEUROFEEDBACK S.A.S. la sociedad fue vinculada al proceso a través de la providencia de calenda 8 de febrero de 2017 visible a folio 248 del plenario, y dio contestación al escrito de demanda, mediante documental obrante a folios 264 a 272 del expediente, negándose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas. Respecto a los hechos no aceptó ninguno de los informados en el escrito de demanda, expreso que el señor Andrés Osuna no era el empleador de la causante, dado que el empleador era la sociedad Recta Mente Neurofeedback S.A.S., quién dio cumplimiento a lo establecido en la acción de tutela, además que entre la sociedad y la causante se suscribió un acta de transacción celebrada el 15 de julio de 2015 encontrándose a paz y salvo el empleador.

Como medios exceptivos propuso; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Litis consortes necesario a través de providencia del 16 de noviembre de 2017, el *A quo* ordenó vincular a través de la figura a NATALIA ESCOBAR HERRERA en calidad de hija de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», y a Samuel Escobar Herrera en calidad de hijo menor de la causante, quienes dieron contestación coadyuvando⁶ las pretensiones y hechos del escrito de demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 28 de septiembre de 2018⁷, el Juzgado 37° Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR *que entre la señora NELLY JANNETH HERRERA y la empresa RECTAMENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 16 de abril de 2012 al 18 de diciembre de 2015, con un salario de \$1.500.000 m/cte durante toda la vigencia de la relación laboral.*

SEGUNDO: CONDENAR *a la empresa RECTAMENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., a reconocer y pagar a favor del demandante EDUARDO ESCOBAR CARRANZA en calidad de cónyuge, NATALIA ESCOBAR HERRERA en calidad de hija y SAMUEL ESCOBAR HERRERA en calidad de legitimario, las*

⁵ Excepciones fls. 234 a 236 del plenario.

⁶ Folios 299 a 301.

⁷ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, visible a folio 333 del plenario.

- a.) *Auxilio de cesantías por la suma de \$5.500.000 m/cte.*
- b.) *Salarios insolutos por la suma de \$6.000.000 m/cte.*
- c.) *Indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1977 por la suma de \$9.000.000 m/cte.*
- d.) *CONDENAR a pagar el cálculo actuarial de los aportes al sistema de seguridad social en pensiones para lo cual se requiere a la parte actora para que informe a la demandada, la administradora a la que se encontraba afiliada la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», y una vez se tenga dicha información la demandada, contará con 15 días hábiles para realizar las gestiones para obtener dicho cálculo por el periodo laborado por la mencionada señora, esto es, desde el 16 de abril de 2012 al 18 de diciembre de 2015, y una vez sea expedida deberá efectuar el pago dentro de los 15 días siguientes.*

TERCERO: DECLARAR *probada la excepción de pago de manera oficiosa por la suma de \$8.950.977.78 m/cte.”.*

Como fundamento de la decisión expuso:

Consideró el Juez de primera instancia que entre las partes siendo la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», -trabajadora- y la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S. -empleador-, existió una relación laboral en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido, teniendo como extremo inicial el día 16 de abril de 2012, respecto al extremo final de la relación laboral, señaló que el mismo data del 18 de diciembre de 2015 fecha en la cual se produjo el deceso de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», ya que hasta ese momento gozaba de la protección constitucional reconocida por el juez de tutela.

Del recurso de apelación

Inconforme con las resultas del proceso la parte demandada presentó su recurso de apelación⁸ de la siguiente manera:

En lo referente a los extremos temporales, adujo el recurrente que no debió tomarse como fecha final el momento del deceso de la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», pero sí, el 15 de junio de 2015 calenda en la cual se firmó el contrato de transacción entre las partes, como quiera que en este caso no existió un despido por parte de la ex empleadora, sino, una terminación por mutuo acuerdo entre las partes de la relación laboral.

En lo referente a las condenas contenidas en el numeral 2° de la sentencia apelada, indicó que, al existir un contrato de transacción, en el mismo se estipuló que con la suma recibida por parte de la señora Nelly Janneth

⁸ CD Medio Magnético folio. 331, Audiencia de Juzgamiento, “2:20:04”.

Herrera «q.e.p.d.», se cubrían todas y cada una de las prestaciones sociales y demás emolumentos adeudados en su momento por la pasiva

Sobre la sanción de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, expresó que en el asunto de marras no existió el hecho del despido, y que el mismo obedeciera a conductas discriminatorias, toda vez que la terminación obedeció a un acuerdo entre las partes plasmado en un contrato de transacción.

En relación con la condena impuesta sobre el cálculo actuarial, solicitó la revocación, arguyendo que el reconocimiento de la pensión de sobreviviente está en cabeza de la administradora de fondos y pensiones a la cual se encontraba afiliada la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», - sociedad que no se hizo parte dentro del proceso- por lo que no se tiene certeza del cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento de una pensión de sobrevivientes, y si bien el Despacho ordenó el pago de un cálculo actuarial en efecto retroactivo, el mismo no es dable ya que, con el pago realizado en el contrato de transacción se cumplían también los pagos por los aportes a pensión.

Por último, frente a la responsabilidad solidaria declarada entre los demandados, señaló que las condenas deben estar en cabeza de la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., y no frente al señor Andrés Osuna Arciniegas quien es solo un socio, por lo que al no estar frente a las excepciones contempladas en el art. 42 de la Ley 1252 de 2008, no se podría predicar la responsabilidad del señor Osuna Arciniegas

Alegatos de Conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de las demandadas, solicito se revoque en su totalidad la decisión tomada en primera instancia y en su lugar se absuelva a los demandados, dado que se encuentra a paz y salvo sin debe desconocerse el acuerdo transaccional suscrito entre la causante y el empleador. Por su parte, el demandante guardo silencio.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención al alcance del recurso presentado, se impone la Sala el resolver los siguientes problemas jurídicos; (i) Si efectivamente con el acuerdo de transacción realizado entre la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.», y la sociedad RECTA MENTE NEURONAFEEDBACK S.A.S., quedó indicado el extremo final de la relación laboral, se cancelaron las obligaciones por concepto de prestaciones sociales y aportes a seguridad social y (ii) Si existe o no la solidaridad de la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., y el señor Andrés Osuna Arciniegas respecto a la condena impartida frente a las acreencias laborales adeudadas a quien en vida respondía al nombre de Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.».

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Sea lo primero señalar que aspectos como la existencia de la relación laboral, la modalidad del contrato celebrado entre las partes y el extremo inicial de la relación, no fueron objetos de discusión en el presente asunto, procede a abordar el estudio de las apelaciones.

De la validez del acuerdo transaccional.

Adujó el recurrente, que dentro del acuerdo de transacción⁹ celebrado entre las partes se acordaron puntos como la terminación del contrato de trabajo sostenido entre la señora Nelly Janneth Herrera «q.e.p.d.» -como trabajadora- y la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S. – como empleadora, así como también las sumas adeudadas por conceptos de aportes a seguridad social y prestaciones sociales, por un monto que ascendió a la suma de \$12.000.000, cantidad estipulada en el numeral 5° del documento.

En esa dirección, es menester señalar que, si bien la figura de la transacción no está expresamente regulada en nuestro ordenamiento laboral, lo cierto es que esta, al igual que otras tantas figuras no consagradas en aquel estatuto, es perfectamente aplicable a los asuntos de esta especialidad, en virtud de la remisión a las normas generales del proceso que autoriza el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

De ahí que las partes cuenten con la facultad de celebrar este tipo de acuerdos ya sea en una etapa pre procesal -como en el caso de marras- o una vez ya adentrados dentro del litigio a fin de terminar de manera

⁹ Folios 279 a 282 del plenario.

adelantada y acordada la causa pues el artículo 312 CGP señala que se puede presentar en cualquier estado del proceso e incluso respecto de «*las diferencias que surjan con ocasión al cumplimiento de la sentencia*».

Sumado a lo anterior, esta Sala de decisión considera que el uso de la figura de la transacción hace viable la ejecución de principios jurídico-procesales, como los de economía procesal, lealtad procesal, celeridad y buena fe de las partes en controversia -entre otros-; pero también debe advertir que la validez de las mismas, se encuentra supeditada a una rigurosa y cuidadosa verificación en donde se garantice y verifique la observancia de los principios de irrenunciabilidad e indisponibilidad de los derechos mínimos de los trabajadores, tal y como lo prevé el artículo 14 del Código Sustantivo del Trabajo¹⁰ y el artículo 53 de la Carta Política¹¹, y en virtud del carácter público de las normas del trabajo y su propósito principal de dar equilibrio social a las relaciones patrono laborales - artículo 1° del Código Sustantivo del Trabajo¹².

En ese orden de ideas, resulta ineludible enfatizar la existencia de una serie de presupuestos de cuyo cumplimiento son necesarios en torno a lograr la aprobación de la transacción, esto es, que: la existencia de un derecho litigioso eventual o pendiente de resolver; que los derechos sujetos a transacción no cuente con el carácter de ciertos e indiscutibles; que el acto jurídico sea producto de la voluntad libre de las partes, y que lo acordado no resulte dañoso frente a los derechos del trabajador.

Así las cosas, en el estudio realizado por esta la Sala frente al contenido de la transacción celebrada, a fin de determinar si cumple con los requisitos anteriormente señalados, por lo que se debe traer a colación el contenido del acuerdo obrante a folios 279 a 282 del plenario, en los que se indicó:

1. *La señora NELLY JANNET HERRERA, laboró con la Sociedad RECTAMENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., desde el **día 16 de abril de 2012 hasta el 15 de julio de 2015** conforme lo ordenó la acción de*

¹⁰ ARTICULO 14. CARACTER DE ORDEN PUBLICO. IRRENUNCIABILIDAD. Las disposiciones legales que regulan el trabajo humano son de orden público y, por consiguiente, los derechos y prerrogativas que ellas conceden son irrenunciables, salvo los casos expresamente exceptuados por la ley.

¹¹ ARTICULO 53. El Congreso expedirá el estatuto del trabajo. La ley correspondiente tendrá en cuenta por lo menos los siguientes principios mínimos fundamentales: Igualdad de oportunidades para los trabajadores; remuneración mínima vital y móvil, proporcional a la cantidad y calidad de trabajo; estabilidad en el empleo; irrenunciabilidad a los beneficios mínimos establecidos en normas laborales; facultades para transigir y conciliar sobre derechos inciertos y discutibles; situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales de derecho; primacía de la realidad sobre formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales; garantía a la seguridad social, la capacitación, el adiestramiento y el descanso necesario; protección especial a la mujer, a la maternidad y al trabajador menor de edad.

¹² ARTICULO 1o. OBJETO. La finalidad primordial de este Código es la de lograr la justicia en las relaciones que surgen entre empleadores y trabajadores, dentro de un espíritu de coordinación económica y equilibrio social.

tutela a través de la sentencia proferida por el JUZGADO CINCUENTA Y UNO PENAL DEL CIRCUITO, ocupando el cargo de secretaria devengando un salario integral promedio mensual equivalente a \$1.500.000.

2. La señora NELLY JANNET HERRERA, ha manifestado ante la empresa que encuentra alguna disparidad con respecto a la suma que por concepto de prestaciones económicas y seguridad social, a pesar que tiene claro que su salario fue acordado con la sociedad referida en que fuera integral libre de prestaciones sociales y por ello era elevado a \$1.500.000 igualmente que es consciente que le solicitó al empleador su no afiliación a la seguridad social toda vez que su esposo Eduardo Escobar, la tenía afiliada y por su capacidad económica solicitaba que no se le afiliara a la misma.
3. La sociedad RECTAMENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., aduce que no le adeuda salarios ni prestaciones sociales a la trabajadora que estaba claro que su salario era integral sin que generaran prestaciones económicas como tampoco afiliación a seguridad social atendiendo su pedimento.
4. Por su parte la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., considera que durante el tiempo que la señora NELLY YANNET HERRERA, laboró para la empresa prestando sus servicios, no se han generado algunos valores por los conceptos que se han liquidado y cancelado correctamente, en lo que la empresa ha considerado se ha causado a favor de esta, entre ellos salarios por todo el tiempo laborado, igualmente que atendiendo las ordenes impartidas por la justicia ordinaria se ha afiliado a la seguridad social y caja de compensación, así mismo se ordenó el reintegro y es por ello que la conciliación se realiza como ultimo día laborado el 15 de julio del presente año.
5. No obstante lo anterior, con el ánimo de mitigar cualquier discusión al respecto, la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., le ofreció a la señora NELLY YANNET HERRERA cancelarle la suma única conciliatoria equivalente a DOCE MILLONES DE PESOS (12.000.000,00) y CANCELARLE LA SEGURIDAD SOCIAL HASTA EL MES DE JULIO DE 2016 con el cual se deja PAZ Y SALVO cualquier derecho que pudiese haberse generado a favor de la trabajadora, o hubiese estado pendiente de a la fecha de la relación laboral entre ellos existente por el periodo comprendido entre el 16 de abril de 2013 hasta el 15 de julio de 2015.
6. La señorita NELLY YANNET HERRERA acepta de forma libre y

voluntaria el acuerdo ofrecido por la empresa y **la declara a PAZ Y SALVO por todo concepto que pudiera haberse derivado o que se derive con posterioridad relacionado con cualquier tipo de sobrecargo o pago derivado de la ejecución de servicios por parte de la trabajadora en tiempo suplementario, horas extras, dominicales y festivos, salarios, comisiones, cesantías, intereses a la cesantía, primas, indemnizaciones, vacaciones, indexaciones**, que desarrolló durante la vigencia del contrato de trabajo el cual inició el día 16 de abril de 2013 hasta el 15 de julio de 2015.

7. Para el pago de la suma de la señora NELLY JANNET HERRERA acepta a plena satisfacción que la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.AS., le hace entrega por TRANSFERENCIA a la trabajadora el día 16 de julio de 2015 en efectivo, a su cuenta de ahorros personal del Banco DAVIVIENDA No.0063011209091, esto es la suma de DOCE MILLONES DE PENSIONES (\$12.000. 000.00).
8. Por lo tanto, la señora NELLY JANNET HERRERA declara a PAZ Y SALVO a la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.AS., por los siguientes conceptos: salarios, tiempo suplementario, horas extras, dominicales y festivos, salario de todo tipo generado durante la relación laboral en comento, cesantías, intereses a la cesantía, prima de servicios, primas extralegales, vacaciones, descansos compensatorios, indemnización moratoria, comisiones, **pago alguno de la seguridad social teniendo en cuenta que fue ella quien solicitó su no afiliación y el empleador actuó de buena fe, y de cualquier índole, en general por todos los conceptos originados en el contrato de trabajo** y relacionados con el tema conciliados con este acto, así mismo a desistir de la acción de tutela por ella interpuesta como el proceso laboral que cursa según su apoderado en el juzgado octavo laboral del circuito de Bogotá.

En consecuencia, y con el fin de prevenir cualquier discusión, litigio o reclamación de alguna índole devenida directamente o indirectamente del contrato de trabajo que mantuvieron EMPLEADOR y TRABAJADOR, así como de su terminación, hemos decidido transigir en los siguientes términos:

1.Las partes de común acuerdo, en forma libre, consiente y voluntaria, dejamos sentados y estamos ratificando que: Durante la vigencia de la relación laboral todos y cada uno de los derechos que se desprendieron a favor de la TRABAJADORA fueron satisfechos completa y oportuna por el EMPLEADOR.

2. Por tal razón, la TRABAJADORA, declara PAZ Y SALVO al EMPLEADOR por concepto de: tiempo suplementario, horas extras,

*dominicales y festivos, salarios de todo **tipo generado durante la relación laboral en comento, cesantías, intereses a la cesantía, primas, indemnizaciones, vacaciones, indexaciones, reajuste de cesantías, prima de servicios, vacaciones, descansos compensatorios, indemnización moratoria, pagos a la seguridad social y de cualquier índole e inclusive cotizaciones a la seguridad social ya que las mismas se encuentran satisfechas**, en general por todos los conceptos originados en el contrato de trabajo y relacionados con el tema conciliado en este acto.*
". (Negrillas y subrayado por fuera del texto original)

Del texto anterior, se puede concluir claramente que fueron objeto de transacción derecho ciertos e indiscutibles propios del trabajador, tales como aportes a seguridad social y prestaciones sociales, por lo que a todas luces la ineficacia de todo el acuerdo resulta flagrante, motivo por el cual es imperativo para este cuerpo colegiado, adicionar la sentencia recurrida en el sentido de declarar la invalidez del acuerdo transaccional y por ende dejar en firme las condenas de las cuales la parte demandada pretende la revocatoria teniendo como base angular el convenio objeto del análisis.

De la prohibición de despidos a trabajadores con incapacidades y la indemnización contenida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Debe indicarse que la sanción contenida dentro en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, busca el proteger al trabajador del ser separado de su cargo por ocasión a una debilidad manifiesta o incapacidad, blindándolo de ser objeto de tratos discriminatorios, dicho esto, se debe señalar que dentro del expediente no obra prueba alguna que permita establecer la existencia de un despido por parte de la sociedad llamada a juicio, o la renuncia de la trabajadora imputable a la hoy demandada, situación que se corrobora aún más a través del fallo de tutela -impugnación- visible a folios 273 vuelto a 283, en la cual al momento de hacer un recuento de las consideraciones adoptadas en la primera instancia -Juzgado 45 Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Bogotá-, indicó:

"[...] así mismo le negó el pago de las incapacidades medicas y la indemnización equivalente a 180 días de salario.

A tal decisión arribó tras señalar que el reintegro no es procedente, debido a que a pesar de que se estableció que el empleador conocía del estado de debilidad manifiesta de su empleada, por cuanto estuvo presente en varios episodios y recaídas por ella sufridos, se determino que la relación laboral entre las partes no ha terminado, toda vez que no obra prueba del despido o de la renuncia, dentro del plenario. [...]"

Así las cosas, es claro para esta instancia que dentro del presente asunto la parte demandante debía acreditar que fue separada del cargo -situación que no fue probada dentro del asunto- y a la parte demandada que el despido no fue por ocasión a su estado de salud, por lo que sin mas elucubraciones se procederá a revocar la sentencia en este aspecto.

De la responsabilidad solidaria.

En la sustentación de su recurso de apelación, sostuvo el recurrente único que las condenas impartidas en la sentencia apelada deben estar en cabeza de la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S., y no frente al señor Andrés Osuna Arciniegas ya que este último solo ostenta la condición de socio y no de verdadero empleador frente a la señora Nelly Janneth Herrera, por lo que al no estar frente a las excepciones contempladas en el art. 42 de la Ley 1252 de 2008, no se podría predicar la responsabilidad del señor Osuna Arciniegas.

Sobre este punto de la apelación basta con señalar que al contar en nuestro ordenamiento laboral con una disposición específica que regula este tipo de situaciones, será la aplicable, la cual no resulta ser otra que el art. 36 del CST, razón por la cual se confirmará la sentencia apelada frente al aspecto de la solidaridad.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018¹³ por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida el 28 de septiembre de 2018 por el Juzgado 37 Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **DECLARAR** la invalidez del acta de transacción celebrada entre la sociedad RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S y la señora NELLY JANETH HERRERA ««q.e.p.d.»». del 15 de julio de 2015, por las razones aquí expuestas.

¹³ Sentencia de primera instancia fl. 333.

SEGUNDO: REVOCAR el literal c) del ordinal segundo de la sentencia recurrida, para en su lugar **ABSOLVER** a los demandados RECTA MENTE NEUROFEEDBACK S.A.S y ANDRES OSUNA ARCINIEGAS de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por los motivos aquí expuesto.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, se confirman las de primera instancia.

Notifíquese y cúmplase,



JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105038201601075-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE HENRY CARDENAS TORRES
CONTRA COMPAÑÍA DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA PRIVADA SIMON
BOLIVAR LTDA.**

En Bogotá D.C. a los 30 días de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Procede la Sala resolver en el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia proferida el 22 de julio de 2019¹ por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Henry Cárdenas Torres por medio de apoderado judicial presentó demanda ² ³ ordinaria laboral de primera instancia en contra de la Compañía de Seguridad y Vigilancia Privada Simón Bolívar Ltda., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones:

Que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 4 de junio de 2011 hasta febrero de 2015 siendo su último cargo de “Guardia de Seguridad” con un sueldo mensual de \$921.040, que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la pasiva a liquidarle y cancelarle al demandante los factores

¹ Sentencia de primera instancia fls.264 a 152.

² Escrito de demanda fls.1 a 6.

³ Escrito de subsanación fl. 19.

salariales e incrementos de las prestaciones legales e indemnización que venía percibiendo durante la relación laboral comprendida entre los años 2011 al 2015 que deben ser tenidos en cuenta para la indemnización, que se condene a la demandada al pago de la indexación por cada una de las prestaciones sociales legales dejadas de cancelar hasta cuando se verifique su pago por los siguientes conceptos: Cesantías e intereses a las cesantías correspondiente al tiempo laborado 2011 a 2015, pago de horas extras diurnas y nocturnas dejadas de cancelar durante el lapso laborado 2011 a 2015, pago de horas extras diurnas y nocturnas de los dominicales y festivos dejadas de cancelar durante el lapso laborado 2011 a 2015, vacaciones, prima de servicios, prima de navidad, primas de junio y diciembre correspondientes al tiempo laborado por los años 2011 a 2015, la indexación de los montos que resulten en favor del demandante, liquidación de la indemnización de conformidad a los factores salariales de las prestaciones sociales dejadas de pagar por seguridad social, el pago de los intereses moratorios, indemnización como consecuencia de la terminación del contrato de trabajo sin justa causa, la sanción de que trata el art. 65 del CST y SS, los derechos que resulten probados en extra y ultra *petita*, y las agencias y costas en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica⁴ a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que el demandante se vinculó a la empresa demandada el 4 de junio de 2011 mediante contrato a término indefinido en el cargo de “Guardia de Seguridad” hasta el mes de febrero de 2015 fecha en la cual le exigieron la terminación del contrato de trabajo, que prestó sus servicios en distintos lugares de la ciudad de Bogotá D.C., que durante la relación laboral no le fueron canceladas las vacaciones, primas semestrales, recargos nocturnos, recargos diurnos por días dominicales y festivos, cesantías e intereses a la cesantías.

Contestación de la demanda:

Mediante providencia de calenda 29 de agosto de 2019 visible a folio 91 del plenario, se tuvo por no contestada la demanda.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 22 de julio de 2019⁵, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada COMPAÑÍA DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA PRIVADA SIMÓN BOLIVAR LTDA, de todas y cada una

⁴ Hechos de la demanda, fl.1 del plenario.

⁵ Acta de Audiencia art. 80 del CPT y SS, visible a folios 264 del plenario.

de las pretensiones formuladas por el demandante HENRY CARDENAS TORRES.

SEGUNDO: EXCEPCIONES *dadas las resultas del juicio el despacho, no hay lugar de pronunciarse sobre alguna de ellas, por cuanto la demandada se tuvo por no contestada.*

TERCERO: COSTAS *lo serán a cargo del demandante. EN firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$100.000 pesos a favor de la demandada.*

CUARTO: *Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia. CONSÚLTESE con el SUPERIOR.”.*

Como fundamento de la decisión expuso:

Arguyó el *A quo* que dentro del plenario existen pruebas que permiten establecer que entre las partes existió una relación laboral a término indefinido que inicio el día 4 de junio de 2011 hasta el 15 de febrero de 2015, en el cual percibía una asignación salarial en promedio de \$921.040, ostentado el cargo de Guardia de Seguridad.

Respecto a pretensiones condenatorias, con los comprobantes de nóminas, los certificados emitidos por los fondos administradores de pensiones y cesantías y la liquidación final de acreencias laborales aportados en la demandada, quedó acreditado el pago de las acreencias exigidas en el libelo demandatorio. En lo referente a los dominicales y festivos, precisó la instancia que el demandante no logró acreditar la prestación del servicio en las fechas indicadas, por lo que no es dable la imposición de condenas frente a esto, máxime, cuando dentro de los desprendible de nóminas que se avizoran dentro del informativo se puede establecer que los conceptos por trabajo suplementario, si le eran cancelados al demandante.

Por otro lado, en lo atinente al pago de la indemnización por terminación sin justa causa -despido indirecto-, el demandante no acreditó las causas por las causales -imputables al empleador- por las cuales daba por terminada la relación laboral, pues se puede establecer en su carta de terminación que el mismo obedeció a un retiro voluntario. En lo atinente a la sanción contenida en el art. 65 del CST y SS, se dijo que no existe conceptos adeudados por la pasiva al demandante y que el pago de la liquidación se ve compensado con un crédito adquirido por el demandante, y del cual dio autorización para ser descontados.

Del recurso de apelación⁶.

Inconforme con los resultados del proceso el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, arguyendo que en la renuncia presentado por el demandante señor Cárdenas Torres, existió coerción por parte de la pasiva quien lo obligó a renunciar, señalando que, si el demandante no lo hacía, no le serían cancelados las sumas adeudadas, por lo que no se podría entrar a establecer que estemos en presencia de una renuncia voluntaria.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente las partes guardaron silencio.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a la forma en que se presentó la demanda, el escrito de contestación y los argumentos esgrimidos por el juzgador de instancia, esta Sala de decisión, se impone el resolver el presente problema jurídico; determinar si efectivamente estamos en presencia de un retiro voluntario por parte del empleado, o si, por el contrario, la renuncia fue la condición impuesta por quien fuese su empleadora, a fin de acceder a un pago por las acreencias adeudadas.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Sea lo primero señalar que aspectos como la existencia de la relación laboral, la modalidad del contrato celebrado entre las partes y los extremos temporales, no fueron objetos de discusión en el presente asunto, así las cosas, se procede a abordar el estudio del problema jurídico señalado.

Del Despido.

⁶ CD. Medio Magnético fl. 262. «38':53''».

Debe indicar de plano esta Sala de decisión que de las documentales aportadas al proceso, las pruebas testimoniales rendidas y los interrogatorios de partes presentados, no existen indicios que permitan -si quiera- inferir la existencia de conductas coercitivas de las cuales el trabajador fuere objeto, muy por el contrario, a folio 254 del plenario existe comunicación emitida por el demandante, con destino a la gerencia de la demandada, en donde expresa: *“gracias por la oportunidad que me dieron de pertenecer a su empresa. Renuncia voluntaria”*, documental que no fue objeto de tacha alguna dentro del proceso por lo que se le debe dar toda la credibilidad.

Ahora, si en gracia de discusión señalamos que lo que plantea el recurrente es que se vio en la necesidad de dar por terminada la relación laboral por la existencia de causales imputables a la demandada, lo que significaría que estamos es presencia de un despido indirecto, se debe precisar que para que esa modalidad de despido produzca los efectos indemnizatorios legales, no solo es necesario que tal decisión por iniciativa propia del trabajador obedezca efectivamente a los motivos consignados por causas imputables al empleador, previstos en la ley, sino que los mismos también deberán ser comunicados de manera clara y precisa a dicho empleador, situación que para el caso de marras no se presentó.

Por último, se debe precisar que el demandante acusa a la pasiva de retener pagos por conceptos laborales -cesantías e intereses a las cesantías- folios 14 y 15 del plenario, y que la cancelación de los mismos estaban supeditados a su renuncia, no menos cierto es que a través de los aportes de nóminas visibles a folios 41 a 77 del expediente, y los certificados de aportes al sistema de seguridad social obrantes a folios 157 a 165 del plenario, se puede establecer que la demandada no adeuda ningún tipo de concepto al ex trabajador.

De lo anterior, esta Sala de decisión puede arribar a la indefectible conclusión que le asiste razón al fallador de primera instancia en cuanto absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 22 de julio de 2019 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$200.000.00 pesos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 22 de julio de 2019 por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por HENRY CARDENAS TORRES contra COMPAÑÍA DE SEGURIDAD Y VIGILANCIA PRIVADA SIMON BOLIVAR LTDA., conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$200.000.00 pesos y en favor de la demandada, se confirman las de primera instancia dadas las resultas del proceso.

Notifiquese y cúmplase



JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105029201600093-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JAYSON STEVE OLIVEROS AVILA
CONTRA OBRAS Y DISEÑOS S.A. EN REORGANIZACIÓN**

En Bogotá D.C. a los 29 días del mes de enero de 2021 previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación presentado por las partes en contra de la sentencia proferida el 3 octubre de 2018¹², por el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Jayson Steve Oliveros Ávila por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia³ contra las

¹ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, folios 820 y 821.

² CD Audio Magnético folio 819.

³ Libelo de demanda, folios 459 a 488.

demandadas Obras y Diseños S.A. – en reorganización⁴, y solidariamente en contra de CODENSA S.A. – E.S.P, y la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – E.S.P., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones⁵:

Que se declare que entre el demandante Jayson Steve Oliveros Ávila y la demandada Obras y Diseños S.A. – en Reorganización existió un contrato de trabajo a término fijo, que las empresas CONDENSA S.A. – E.S.P. y la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – E.S.P., son solidariamente de las condenas que se impongan, que se condene a las demandadas al pago de: auxilio a las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, al pago de la indemnización por el despido injusto, al pago de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, el pago de \$33.427.476 por concepto de “saldo favorable de caja menor y alquiler de vehículo”, la indexación de las sumas reconocidas, las costas y agencias en derecho, y lo demás derechos que resulten probado en extra y ultra *petita*.

Los hechos con relevancia jurídica⁶ a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que entre el demandante señor Jayson Steve Oliveros Ávila y la demandada Obras y Diseños S.A. – En Reorganización se celebró un contrato de trabajo a término fijo de un año, con extremo inicial el 1° de abril de 2014 desempeñando el cargo de “Coordinador de Zona”, que mediante Otro sí de calenda 1° de febrero de 2015 el demandante pasó al cargo de “Coordinador de Proceso”, que al demandante se asignaron las siguientes funciones: i) Coordinar y supervisar el mantenimiento correctivo y preventivo en las redes de media y baja tensión de la Empresa de Energía de Cundinamarca y CODENSA SA – ESP en los municipios de Villeta y Facatativá, ii) Manejo del personal administrativo en los municipio de Villeta y Facatativá para garantizar la prestación de los servicios contratados por la Empresa de Energía de Cundinamarca y CODENSA SA – ESP, iii) Facturar las actividades realizadas mensualmente para Empresa de Energía de Cundinamarca y CODENSA SA – ESP, iv) Inspección y acompañamiento al equipo de trabajo para cumplir con los compromisos contractuales con la Empresa de Energía de Cundinamarca y CODENSA SA – ESP, v) realizar los reembolsos de caja menor para Obras y Diseños SA – En Reorganización, vi) que el demandante para administrar las sumas bajo su custodia suscribió un pagaré en blanco por la suma de \$10.000.000.00, que el demandante percibía una asignación mensual de \$3.572.000 y para el despeño de sus funciones pactó verbalmente, el

⁴ Auto del 22 de abril de 2016, mediante el cual la Superintendencia de Sociedades admite a la demandada a proceso de reorganización, visible a folios 557 a 560 del plenario.

⁵ Libelo de demanda, folios 465 y 466.

⁶ Libelo de demandada folios 460 a 464.

arrendamiento de los vehículos con placas ZYK 721 y MSV 244 con Obras y Diseños SA – en reorganización, por un pago mensual de \$2.500.000.oo, que así mismo el demandante recibía \$250.000.oo en los fines de semana laborales o disponible para prestar sus servicios, que la demandada Obras y Diseños SA – en reorganización no pagó oportunamente los valores por concepto de arrendamiento de vehículo automotor, que el demandante en su último año de servicios devengó un salario de \$3.791.137, que el contrato primigenio fue renovado hasta el 31 de marzo de 2016, que el día 22 de diciembre de 2015 el demandante fue llamado a diligencia de descargos sin que se le informara el motivo de la misma y tampoco se le entregó copia de la diligencia, que mediante comunicación de calenda del 30 de diciembre de 2015 la demandada Obras y Diseños SA decidió dar por terminada la relación laboral aduciendo como motivo:

“A partir de los descargos realizados el día 22 de diciembre por el manejo que se le está dando a la caja menor de la zona asignada a su cargo, le recordamos que usted, cometió una falta grave al violar una de las obligaciones contractuales y reglamentarias de la organización, como es “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular que imparta la empresa o sus representantes”.

Que dicha falta es inexistente puesto que el demandante siempre realizó los reembolsos de caja menor, que el día 4 de enero de 2016 se le entregó la liquidación definitiva de prestaciones sociales por valor de \$6.615.078.oo, que el día 15 de enero de 2016 se totaliza lo adeudado por la demandada Obras y Diseños SA por la suma de \$33.427.476.oo suma que al momento de la presentación de la demanda no ha sido cancelada al demandante.

Contestación de la demanda:

La encartada CODENSA S.A. – E.S.P., presentó escrito de contestación de demanda a través de las documentales visibles a folios 546 a 556 del plenario, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones incoadas. Respecto a los hechos aceptó el relacionado con el objeto social de CODENSA S.A. – E.S.P., de los demás manifestó que no le constaban, dijo que CODENSA S.A. E.S.P. no es solidaria responsable de las obligaciones insolutas de obras y diseños S.A. dado que esta última no se dedica a la distribución y comercialización de la energía. Como medios exceptivos propuso los denominados ⁷ como: ausencia de solidaridad, pago y compensación, buena fe y prescripción.

⁷ Folios 553 y 554 del expediente.

Así mismo, realizó llamamiento en garantía⁸ en contra de la aseguradora MAPFRE COLOMBIA.

La Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – E.S.P., dio contestación al libelo de demandada, mediante documental obrante a folios 561 a 571 del plenario, oponiéndose a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones. Respecto a lo hechos manifestó que ninguno de ellos le consta. Expreso que la empresa Obras y Diseños S.A. contrato d forma personal y autónoma al demandante, ejerciendo la respectiva subordinación.

Como medios exceptivos⁹ propuso los denominados como: inexistencia de la obligación pretendida, carencia del derecho, prescripción, falta de causa y cobro de lo no debido, buena fe, pago, inexistencia de la relación laboral entre Jayson Steve Oliveros Ávila y la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – E.S.P., inexistencia de la solidaridad laboral entre Obras y Diseños S.A. y la Empresa de Energía de Cundinamarca S.A. – E.S.P., compensación y genérica.

La demandada Obras y Diseños S.A., mediante escrito visible a folios 629 a 645 del plenario dio contestación oponiéndose a la totalidad de las pretensiones incoadas en es el libelo demandatorio. Respecto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia del vinculo laboral y sus extremos laborales, los cargos desempeñados por el demandante, el lugar donde prestó sus servicios y la remuneración pactada, de los demás manifestó que no era cierto o no le constaban.

Como excepciones¹⁰ propuso las denominadas como: existencia de justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, improcedencia de indemnización por despido sin justa causa, pago total de la liquidación de las prestaciones sociales, ausencia del derecho para el reconocimiento y pago de sanción moratoria, fata de competencia y la genérica.

Del llamamiento en garantía.

La llamada en garantía MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., al dar contestación ¹¹ al escrito de demandada se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas. Respecto a los hechos no aceptó ninguno de ellos.

Como medios exceptivos propuso los enlistados a folios 737 a 742 del plenario, denominados como: inexistencia de causa petendi por ausencia

⁸ Folios 530 a 532 del expediente.

⁹ Folios 567 a 569 del expediente.

¹⁰ Folios 636 a 640 del expediente.

¹¹ Folios 731 a 747 del expediente.

de solidaridad frente a las llamantes en garantía, cobro de lo no debido por ausencia de solidaridad, exclusión en el pago de rubros que no sean salariales ni prestacionales, prescripción, inexistencia de cobertura frente a obligaciones que se declaren antes o después de la entrada en vigencia de la pólizas de cumplimiento a favor de particulares, limite del valor asegurado, buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 3 de octubre de 2018¹², el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo entre Obras y Diseños S.A. – en reorganización y el señor Jayson Steve Oliveros Ávila desde el 1° de abril de 2014 al 30 de diciembre de 2015 devengando como salario la suma de **\$3.572.800.**

SEGUNDO: CONDENAR a Obras y Diseños S.A. – en reorganización y solidariamente CODENSA S.A. – E.S.P., a pagar al demandante la indemnización de que trata el art. 65 del CST en la suma de **\$25.843.253.**

TERCERO: CONDENAR a Obras y Diseños S.A. – en reorganización y solidariamente a CODENSA S.A. – E.S.P., al pago de **\$11.347.476** por concepto de caja menor a favor del demandante Jayson Steve Oliveros Ávila.

CUARTO: DECLARAR que CODENSA S.A. – E.S.P., es solidariamente responsable por las condenas interpuestas.

QUINTO: ABSOLVER a MAPFRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A., de todas y cada una de las pretensiones incoadas dentro de la presente demanda.

SEXTO: ABSOLVER a Obras y Diseños S.A. – en reorganización y CODENSA S.A. – E.S.P., del resto de las pretensiones incoadas en contra por parte de Jayson Steve Oliveros Ávila.

SEPTIMO: CONDENAR en costa a la demandada Obras y Diseños S.A. – en reorganización y solidariamente a CODENSA S.A. – E.S.P., fijando como agencia en derecho la suma de \$1.000.000.00”.

Como fundamento de la decisión expuso:

¹² Folios 820 y 821 del plenario.

Que entre el demandante señor Jayson Steve Oliveros Ávila y Obras y Diseños S.A. – en reorganización, existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año, vigente entre el 1° de abril de 2014 al 30 de diciembre de 2015, devengando como último salario base de liquidación la suma de \$3.572.800.

Respecto al pago de la prestaciones sociales y vacaciones adeudadas al demandante, indicó que las mismas fueron canceladas por parte de la demandada CODENSA S.A. – E.S.P.¹³, por lo que por este rubro no había lugar a impartir condena alguna.

En lo referente a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, adujo el juzgador de primera instancia, que para la fecha en la cual se dio por terminada la relación laboral sostenida con el demandante, no se encontraba en curso en el proceso de reorganización por lo que tenía la obligación de cancelar dicho pago, máxime cuando dentro del transcurso del proceso no se puede inferir la existencia de la buena fe por parte de la ex empleadora.

Respecto al pago por la terminación unilateral del contrato de trabajo de que trata el art. 64 del CST y SS, concluyó el Despacho que el fenecimiento del vínculo laboral se dio por razones imputables al demandante, como quiera que él mismo desobedeció las directrices otorgadas por la compañía, al tomar dineros de la caja menor sin la correspondiente autorización del “Coordinador Administrativo¹⁴”.

En lo concerniente a las sumas adeudadas al demandante por conceptos de “arrendamiento de vehículos” y “caja menor” señaló que el primero de ellos era un contrato de naturaleza civil que no se desprende del vínculo laboral por lo que no es dable condenar a las demandadas del pago perseguido, y en lo pertinente a caja menor, la empresa aceptó que se le adeudaba al demandante dicho concepto como se desprende de la documental obrante a folio 37 del plenario.

Sobre el elemento de solidaridad señalado en el art. 34 del CST y SS¹⁵, se puede predicar en el caso debatido, esto debido a que las funciones desarrolladas por el demandante están íntimamente relacionadas con el

¹³ Folios 686 y 687, Comprobantes de Pago de Prestaciones Sociales, Cesantías \$3.616.530, Intereses a las Cesantías \$433.984 y Vacaciones \$2.564.564,

¹⁴ Acta de Reunión visible a folio 692 del plenario y Diligencia de Descargos visible a folios 668 a 673.

¹⁵ 1o) Son contratistas independientes y, por tanto, verdaderos {empleadores} y no representantes ni intermediarios, las personas naturales o jurídicas que contraten la ejecución de una o varias obras o la prestación de servicios en beneficios de terceros, por un precio determinado, asumiendo todos los riesgos, para realizarlos con sus propios medios y con libertad y autonomía técnica y directiva. Pero el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores.

objeto social de CODENSA S.A. – E.S.P., por lo que condenó a la sociedad al pago de las pretensiones incoadas.

Finalmente, sobre el llamado en garantía, encontró el *A quo* que las condenas fijadas en la sentencia proferida escapan a las estipulaciones realizadas en las pólizas¹⁶, como quiera que estas no fijaban pagos distintos a prestaciones sociales y salarios, conceptos que no fueron objeto de condena, pues las concedidas fueron el pago de la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, y caja menor.}

Del recurso de apelación

Inconformes con los resultados del proceso tanto la parte demandante como la demandada presentaron sus respectivos recursos de apelación de la siguiente manera:

Parte demandante¹⁷: Indicó la apoderada de la parte demandante - en lo referente a la decisión de no conceder el pago de la indemnización por despido sin justa causa -, que se pasó por alto la legalización de los dineros realizados por el demandante destinados a obtener el reembolso de lo por él pagado por concepto de “declaración de renta”. En lo referente a la calificación de la conducta como falta grave, en virtud del art. 62 del CST y SS, diferente a la aludida por la demandada, pues al momento de la terminación del vínculo laboral la sociedad indicó el art. 58 del CST y SS, lo cual no constituye una conducta grave en este sentido, pues la finalidad del demandante no fue otra que se incluyeran como unos gastos reembolsables – los cuales no fueron reembolsados por la empresa – no existiendo así una afectación verdadera de la obra.

Sobre el argumento esgrimido por la instancia, en la cual indicó que “no se probó, ni documental, ni verbalmente, los requerimientos realizados por el ex trabajador hubiese hecho a la empresa”, señaló que esta situación que, si se demostró a través de la pieza documental enlistada en el numeral 17 del acápite de pruebas, en la cual consta que efectivamente el demandante requirió a su ex empleadora a fin de que le devolviera los gastos en los cuales tuvo que incurrir por el pago de impuestos.

Acerca de los dineros adeudados al demandante, por concepto de “arrendamiento de vehículos”, y la negativa del juez de instancia de su estudio, indicó que la utilización del mencionado vehículo era fundamental para que el demandante se pudiera desplazar a los lugares donde CODENSA S.A. – E.S.P, requería la prestación del servicio, razones por las cuales es el juez laboral quien debe dirimir dichos conflictos en atención al art. 2 CPT y SS en su numeral 6.

¹⁶ Folio 545 y ss.

¹⁷ CD Medio Magnético folio. 819, Audiencia de Juzgamiento, ««36’:25”»».

Parte demandada – CODENSA S.A. – E.S.P.¹⁸. Por su parte el apoderado de la encartada CODENSA al impetrar su recurso manifestó su descontento respecto al pago de la sanción moratoria, pues como quiera que esta esta supeditada a la demostración de la mala fe para su ejecución, esta misma no se puede predicar de la encartada, pues en su calidad de garante de las obligaciones de Obras y Diseños S.A., pagó al demandante lo correspondiente a prestaciones sociales, y que la sociedad Obras y Diseños S.A., dejó de cancelar los mencionados aportes fue por la iliquidez de sufría la empresa, misma que la llevó a la no cancelación de estos pagos por lo que no debe trasladarse la condena a CODENSA.

Adujó que la condena por concepto de “caja menor”, en atención a lo señalado en el art. 34 del CST y SS, expresó que el mismo es claro ya que se refiere a que emolumentos se extiende la solidaridad, siendo ellos: i) salarios, ii) prestaciones sociales y iii) indemnizaciones sociales, por lo que el concepto condenado al no estar incluido en el artículo no puede ser objeto de solidaridad.

Sostuvo la recurrente, que no se puede predicar la solidaridad como quiera que los servicios prestados por el demandante no estaban encaminados “a generar una real distribución de un servicio de energía eléctrica”, ya que las obras realizadas por el demandante eran de reparación y locativas que si bien son necesarias no se pueden entender como esenciales para la distribución de la energía eléctrica.

Por último, añadió, que la llamada en garantía, que, dentro de las pólizas suscritas, se cubrían “riesgos generales de contingencias laborales”, las cuales se deben entender que cubren las condenas por indemnizaciones contenidas en la sentencia.

Alegatos de conclusión

Una vez vencido el traslado correspondiente, el apoderado de la parte demandante solicita se confirmen los ordinales 1 al 4, revocar el ordinal 6 y modificar el 7, para en su lugar condenar al pago de la indemnización por despido injusto debidamente indexada, así como \$22.080.000.00 por alquiler de vehículo aceptado en el acuerdo de conciliación del 18 de enero de 2016 y se extienda la solidaridad laboral, por su parte del apoderado de la demandada CODENSA S.A., solicito se revocara la sentencia apelada ante la ausencia de mala fe de la sociedad y por consiguiente la buena fe al sufragar las prestaciones sociales del trabajador, además de la inexistencia de solidaridad, en razón a que no se cumplen con los requisitos del artículo 34 del C.S.T., referente a que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su giro ordinario.

¹⁸ CD Medio Magnético folio. 819, Audiencia de Juzgamiento, ««42':35"»».

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a los alcances de los recursos presentados, se impone la Sala los siguientes problemas jurídicos:

- i) Determinar si efectivamente existió una justa causa de las contempladas en el art. 62 del CST y SS, imputable al demandante para dar por terminada la relación laboral, o si por el contrario tal falta es inexistente o no reviste gravedad alguna para el desarrollo de la sociedad, lo que implicaría el pago de la sanción prevista en el art. 64 *ibidem*.
- ii) Si efectivamente le corresponde a la jurisdicción laboral el pronunciarse acerca de las sumas adeudadas al demandante por concepto de “arriendo de vehículo”, y si le corresponde a la demandada cancelar en favor del demandante dichas sumas, por ser el medio de transporte suministrado al demandante para el desarrollo de sus funciones.
- iii) Si le corresponde o no, a CODENSA S.A. – E.S.P., asumir el pago de la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, de manera solidaria, así mismo determinar si en atención del art. 34 *ibidem*, le correspondería cancelar sumas por conceptos de “caja menor”.
- iv) Si efectivamente dentro de las pólizas suscritas se previeron el pago de las condenas realizadas a CODENSA S.A. -E.S.P.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

De la existencia de causa para despedir.

A folios 668 a 672 del plenario, milita “Solicitud de explicaciones y descargos”, practicados al demandante el día 22 de diciembre de 2015, en donde al ser cuestionado por los valores entregados para el manejo de caja menor desde el día 1° de abril de 2014, respondió:

“inicialmente en Villeta una base de 5 millones, pero la entidad bancaria la rechazo, después consignaron los 5 millones, en febrero de 2015 quedaron efectivos 5 millones de base y después consignaron 5 millones más, en “Faca” nunca ha consignado base, me han consignado casi 300 millones en el transcurso del proyecto y siempre he solicitado la conciliación, no la han hecho, nadie lo ha hecho, en 2014 consignaron más de 70 millones a mi nombre sin mi autorización, Davivienda me reportó a la DIAN y me toco declarar renta, le solicite a la Dra. Karol Alicia, Contabilidad, Emilio, Javier Valdez, Jorge Cárdenas, que necesitaba la certificación de lo que me habían consignado para no declarar renta y nunca me entregaron nada, hicieron una auditoría interna, también lo solicite y no la recibí, me toco pagar \$2.100.000 de declaración de renta y yo cobre a OyD \$1.538.000 por no entregarme la carta solicitada y los cobre en una caja menor, porque desde diciembre de 2014 estoy solicitando la conciliación de caja menor y esta es la hora y no se ha hecho.”.

Al ser cuestionado por quien le dio la autorización para hacer descuento en la caja menor, respondió:

“le envié correo a Alicia y al Ing. Cárdenas y nunca me respondieron, no tenía como pagar más pagar, el saldo de 2014 son 3 millones y aun no me lo han pagado, igual el alquiler del vehículo y me deben más de 25 millones, le he escrito correo al Ing. Ramírez, Salgado, Valdez, Alicia, Karol y nadie me da respuesta.”.

Luego señaló:

“No nadie me autorizó, pero nadie me dijo que no, nadie me respondió y se lo pregunté a todos los responsables del proyecto, pero no tuve respuesta, así también como la empresa se tomó atribuciones sin consultarme de consignar dinero en mi cuenta, así mismo yo.”.

Así mismo, obra a folio 696 del expediente comunicación dirigida con destino al demandante por parte de Obras y Diseños S.A., de fecha 30 de diciembre de 2015 con el asunto: “Terminación de Contrato”, en la cual se le informa:

“A partir de los descargos realizados el día 22 de diciembre por el manejo que se le está dando a la caja menor de la zona asignada a su cargo, le recordamos que usted cometió una falta grave al violar una de las obligaciones contractuales y reglamentarias de la organización, como es “Realizar personalmente la labor en los términos estipulados,

observar los preceptos de este reglamento, acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de manera particular le imparta la empresa o sus representantes”.

Por otro lado, a fl. 692 obra documental titulada “Acta de Reunión” de calenda de 20 de mayo de 2015, en donde asistieron entre otras personas el demandante, en donde se adoptaron distintas directrices entre otras: “1. Cualquier préstamo personal que se realice para la operación debe estar debidamente autorizada por Coord. Adm., mediante correo, y será legalizado en formato aparte”.

De los anteriores documentos traídos a colación, se puede establecer claramente que el demandante incurrió en una falta - la cual fue aceptada por el demandante en la diligencia de descargos - a las luces de las directrices adoptadas el día 20 de mayo de 2015, ya que le imponía al demandante como condición para tomar prestamos de la caja menor, el contar con la autorización de parte del Coordinador Administrativo mediante correo, situación que no dio por probada dentro del expediente, y si bien es cierto, la apoderada de la parte demandante manifestó en la sustentación de su recurso, señaló que esta situación si se demostró a través de la pieza documental enlistada en el numeral 17 del acápite de pruebas, en la cual se puede apreciar que el demandante efectivamente realizó la solicitud para que le reintegraran dichos dineros, debe señalar este cuerpo colegiado, que dicha documental no cuenta con ningún tipo de validez, pues se necesitaba la autorización expresa del ex empleador.

Por otro lado, y en lo referente al argumento esgrimido por esta recurrente, en la cual indicó que dicha conducta no puede ser catalogada como “falta grave”, ya que no generó consecuencias en el desarrollo de las actividades de la sociedad, se le debe señalar que la comisión de la falta por sí sola genera la causal para acabar con el vínculo laboral, por lo que no esta supeditada a que dicha comisión se vea reflejada en un perjuicio grave o consecuencia en el desarrollo de las funciones de la empresa. Razones por la cual se confirmará la decisión en este punto.

De las sumas adeudadas por concepto de “Alquiler de Vehículos”.

El siguiente punto argüido de la controversia, gira en torno a establecer si efectivamente les corresponde a las demandadas asumir el pago por el concepto de “Alquiler de Vehículo”. A fin de dar claridad sobre el puntual, debe la Sala definir el origen de dicho concepto, primero que todo informa el demandante en su libelo de demanda en su hecho numero 11:

“Para el desempeño de sus funciones, el demandante pacto verbalmente el arrendamiento de los vehículos con placas ZYK 721 y MSV 244 con Obras y Diseños S.A., por un pago mensual de DOS MILLONES QUINIENTOS MIL PESOS (\$2.500.000) M/cte.”.

Hecho que no fue aceptado por la demandada Obras y Diseños S.A., que, en su escrito de contestación, señaló:

“No obstante lo anterior, hay que aclarar que el señor Oliveros, dentro de una relación netamente civil, si contrato con la empresa Obras y Diseños S.A. – en reorganización el alquiler de los vehículos aquí relacionados, pero no para el cumplimiento de sus funciones, como así lo indica, sino para ser destinados de manera general a la operación del contrato suscrito entre Obras y Diseños S.A. y la empresa CONDENA S.A. – E.S.P.

En este punto hay que mencionar que la obligación dineraria que refiere el demandante, a la fecha, hace parte del proceso de reorganización que se está surtiendo ante la Superintendencia de Sociedades, lo que implica que su obligación esta sujeta a la disciplina concursal.

Es notar que el sujeto activo, muy hábilmente, pretende cobrar una obligación netamente civil, la cual, como ya se dijo, está sujeta a la disciplina concursal ante la SuperSociedades, a través del presente proceso laboral, para que de esta manera hacerse mucho más rápido a la obligación”.

Así las cosas, se debe señalar que dentro del informativo no existe pieza documental que respalde el dicho del demandante en cuanto a los términos acordado con su ex empleadora, en lo referente a los pagos por concepto de “alquiler de vehículos” y el objeto del mismo, pero si está debidamente establecido que Obras y Diseños S.A.–en reorganización, reconoció mediante “Acta de Conciliación Caja Menor” visible a folios 36 y 37 del plenario un saldo pendiente en favor del demandante por la suma de \$22.080.000 que obedecía a dicho emolumento, lo que denota la existencia de una deuda y la aceptación de la misma por parte de la sociedad encartada, ahora cabe recordar que si bien es cierto la naturaleza de su origen es debatida por la parte encartada quien la describió como de origen civil, se ha de señalar, que al estar en presencia de una conciliación con una connotación claramente laboral, en donde además se reconoció el rubro de “cuentas por pagar caja menor”, más el hecho que la encartada no logró acreditar que dicha obligación dineraria hiciera parte del proceso de reorganización en el cual está inmersa la sociedad, son razones más que suficientes por las cuales la Sala adicionará la sentencia apelada en el sentido de CONDENAR a la demandada Obras y Diseños S.A. – en reorganización y solidariamente a CODENSA S.A. – ESP., al pago de \$22.080.000 por concepto de “alquiler de vehículo” en favor del demandante Jayson Steve Oliveros Ávila. Máxime cuando era necesario el alquiler del vehículo para la prestación de sus servicios.

De la solidaridad y la sanción moratoria del art. 65 del CST y SS.

Sobre este punto, considera esta Sala de Decisión que se encuentran reunidos los presupuestos estatuidos en el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, según se explica a continuación.

Frente a la responsabilidad solidaria de los empresarios, la citada disposición consagra que el beneficiario del trabajo o dueño de la obra -a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio- será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores. Asimismo, el inciso segundo de dicha norma establece que *“el beneficiario del trabajo o dueño de la obra también será solidariamente responsable, en las condiciones fijadas en el inciso anterior, de las obligaciones de los subcontratistas frente a sus trabajadores, aún en el caso de que los contratistas no estén autorizados para contratar los servicios de subcontratistas”*.

En ese sentido, debe señalarse que el objeto social de CODENSA S.A. – E.S.P., es:

“La sociedad tiene como objeto principal la distribución y comercialización de energía eléctrica, así como la ejecución de todas las actividades afines, conexas, complementarias y relacionadas con la distribución y comercialización de energía, la realización de obras, diseños y consultoría en ingeniería eléctrica y la comercialización de productos, en beneficio de sus clientes.”

Ahora la finalidad del contrato suscrito entre la Empresa de Energía de Cundinamarca ESP – hoy CONDENSA S.A. ESP, era: *“la prestación de los servicios de mantenimiento, obras, alumbrado público y atención de emergencia en redes de distribución de energía de Cundinamarca Zona Norte”*.

Así mismo, con las testimoniales de los señores Hugo Ramiro Velazco Escobar quien era el “gestor” el contrato suscrito entre CODENSA S.A. – ESP y Obras y Diseños S.A., y Alan Ávila, quien fungía como supervisor de los técnicos en atención de emergencia, quedó plenamente establecido que las labores desarrolladas por el demandante como: mantenimiento preventivo y correctivo, construcciones de obra, mantenimiento del alumbrado público, atención en caso de emergencia, cambio de fusibles, cambio de transformadores cuando se quemaban, revisión de la conexiones a la red de CODENSA y toda aquella labor requerida por la operación, eran fundamentales para el desarrollo del objeto social de la empresa contratante.

En consecuencia, se puede afirmar sin mayores esfuerzos que CODENSA S.A. – ESP, es solidariamente responsable del pago de los emolumentos de carácter laboral en favor del demandante en los términos del citado artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo.

Por otro lado, indica este recurrente que la sanción moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS, no opera automáticamente, pues se requiere para su efectiva imposición la existencia de mala fe por parte del empleador y, al no ser CODENSA S.A. – ESP, quien fungiera como empleadora dentro de la relación laboral sostenida con el promotor del proceso, no se le podría extender tal condena. Sobre este reproche, se le debe poner de presente al apelante, que si bien es cierto lo manifestado en torno a la no aplicación automática de la sanción -tema que por demás ha sido señalado por la Sala Laboral de la H. CSJ, en numerosas providencias-, también se le debe indicar, que en este caso por ser solidariamente responsable de las condenas impuestas a Obras y Diseños S.A. – en reorganización, solo bastaba constatar la existencia de mala fe sobre esta, para que de manera solidaria dicha sanción se extendiera a CODENSA S.A.- ESP, razones por las cuales se mantendrán las condenas impuestas en este aspecto.

De la responsabilidad de la aseguradora llamada en garantía

CODENSA S.A. -ESP, solicitó que la aseguradora Mapfre fuera llamada en garantía a fin de que respondiera por las eventuales condenas. No obstante, la Sala no impondrá condena alguna, en la medida que la póliza de cumplimiento n.º 2202314000160 visible a folio 545 del plenario, solo ampara las siguientes coberturas: i) Buen manejo de los materiales, ii) Manejo e inversión de anticipo, iii) Pago de los salarios y prestaciones y iv) Calidad de servicio, lo que significa que no ampara las condenas por sanciones, como la de aquí confirmada. Por tanto, la póliza mencionada no cubre el evento aquí estudiado.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 3 de octubre de 2018 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$300.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia apelada, en el sentido de **CONDENAR** a la demandada Obras y Diseños S.A. – en reorganización y solidariamente a CODENSA S.A. – ESP., al pago de \$22.080.000 por concepto de “alquiler de vehículo” en favor del demandante Jayson Steve Oliveros Ávila, suma que deberá ser indexada al momento de su pago efectivo.

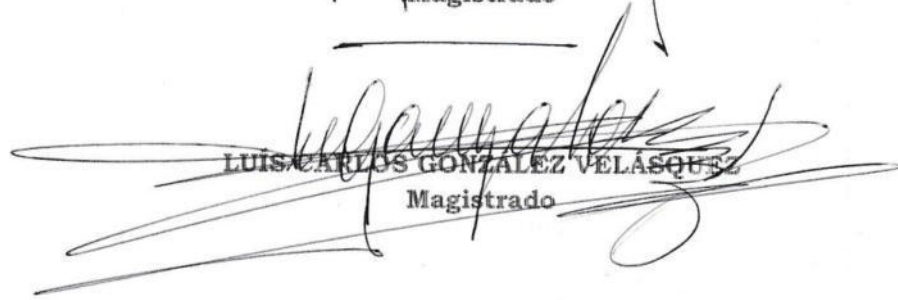
SEGUNDO: Mantener incólume la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada CODENSA S.A. – ESP, en la suma de \$300.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente


MILLER ESQUIVEL GAYTÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105021201500221-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE JOSÉ REINEL OLAYA RUIZ
CONTRA CONSTRUCCIONES JRA S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los 30 días de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Entonces una vez corrido el traslado correspondiente a fin de que las partes procedieran a allegar sus escritos de alegatos de conclusión, procede la Sala resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 23 enero de 2019, por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor por medio de apoderado judicial promovió proceso ordinario laboral de primera instancia de José Reinel Olaya Ruíz contra la demandada Construcciones JRA S.A.S., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones¹; que se declare que entre las partes existía un contrato laboral vigente al momento de la ocurrencia del accidente laboral sufrido por el señor Olaya Ruíz, que se declare que la empresa demandada incumplió sus obligaciones respecto al Sistema General de Riesgos Profesionales, que las contingencias sufridas por el demandante los días 11 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014 fue por culpa patronal imputable a la encartada, que la demandada es responsable de resarcir los perjuicios materiales correspondientes al “daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro”, los “perjuicios morales

¹ Folios 37 a 41 del plenario.

objetivos y subjetivos” y los “perjuicios fisiológicos como consecuencia de la omisión en los protocolos de Seguridad de Riesgos Profesionales, que se declare que la demandada debe resarcir los perjuicios morales sufridos por María Ofelia González Ordoñez en calidad de compañera del demandante, que se declare que la demandada debe cancelar en favor del demandante la diferencia que dejó de reconocer sobre el salario realmente pactado y el mínimo legal mensual vigente pagado, declarar que la demandada debe pagar las incapacidades laborales de acuerdo con el salario contratado que ascendía a la suma de \$1.800.000 mensuales, que la demandada debe cancelar en favor del demandante la indemnización por la “terminación sin justa causa”, que se declare que la encartada debe cancelar la indemnización de que trata el art. 65 CST y SS y el pago de la sanción de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, que se declare que la demandada debe cancelar en favor del actor las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas desde el 1° de enero de 2007 hasta la fecha de la terminación de la relación laboral .

Como consecuencia de las anteriores declaraciones se profieran las siguientes condenas en contra de la demandada; al pago de los perjuicios materiales correspondiente al daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro, los perjuicios morales objetivos y subjetivos, así como los perjuicios fisiológicos en favor del demandante como consecuencia de la omisión en los protocolos de Seguridad Social de Riesgos Profesionales, al pago de los perjuicios morales sufrido por María Ofelia González Ordoñez en calidad de compañera del demandante, al pago de las diferencias sobre los salarios realmente pactados y el SMLMV pagado, al pago de las incapacidades laborales en favor del demandante, el pago de la indemnización por despido sin justa causa, la sanción moratoria de que trata el art. 65 CST y SS y de la que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas desde el 1° de enero de 2007 hasta la fecha de la terminación de la relación laboral, que las anteriores deberán ser debidamente indexadas, los demás derechos que resulten probado en extra y ultra *petita* y las costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica² a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que el demandante prestó sus servicios en favor de la demandada mediante contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de enero de 2009, ocupando el cargo de “oficial de obra civil” pactando un salario de \$1.800.000, que entre las funciones del demandante se encontraban la realización de trabajos físicos como la excavación, remoción de tierras, remoción de piedras, trabajos en altura, trabajos de realización de fuerza y trabajo con herramientas de mano las cuales no estaban de acuerdo con el Manual de Riesgos Profesionales, que el día 11 de julio de 2013 en

² Folios 32 a 37 del expediente.

atención a una orden impartida por sus superiores el demandante al realizar “trabajos de altura” el demandante sufrió un accidente laboral ya que al momento de la realización de la actividad encomendada no fue dotado con las medidas de protección como lo son: arnés, cuerdas, cinturones de seguridad, que como consecuencia del insuceso el demandante sufrió “una lesión orgánica y una perturbación disfuncional”, que el día 26 de febrero de 2014 mientras realizaba “actividades de descargue de camillas de construcción”, que como consecuencia de este accidente sufrió una lesión de “desplazamiento de discos intervertebrales - limitación de la movilidad- palpación de región lumbar y sacra -hernia posterior asimétrica izquierda- y abombamiento asimétrico izquierdo del disco”, que el demandante se ha visto afectado psíquica y físicamente por los accidentes sufridos, que el núcleo familiar del demandante se ha visto afectado psicológicamente, que el primer accidente sufrido por el demandante no fue reportado a la ARL, que el accidente sufrido el día 26 de febrero de 2014 si fue reportado con un empleador con el que el demandante no ha firmado contrato, que las incapacidades otorgadas por la EPS CAFESALUD desde el 11 de julio de 2013 fueron liquidadas con base en el SMLMV generando un detrimento económico para el demandante, que la demandada dio por terminada la relación laboral con el demandante de manera unilateral y sin justa causa que para la fecha se encontraba incapacitado sin contar con previa autorización del Min. Trabajo, que la demandada no canceló el valor de los aportes a seguridad social con base al salario realmente pactado, que la demandada adeuda en favor del actor: la indemnización de que trata el art. 64 del CST y SS, la sanción moratoria de que trata el art. 65 *ibidem*, el pago de las incapacidades, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones y la indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Contestación de la demanda:

Si bien la demandada presentó escrito de contestación³, no menos cierto es que en auto de calenda 16 de diciembre de 2016 visible a f. 86 se inadmitió el escrito y posteriormente a través de providencia de 14 de febrero de 2017⁴ se tuvo por no contestada. Proponiéndose como medios de defensa las excepciones que denomino prescripción de los derechos laborales, error grave en la pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y enriquecimiento sin justa causa.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 23 de enero de 2019⁵, el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

³ Folios 66 a 70 del expediente.

⁴ Folio 87 del plenario.

⁵ Folio 302 del plenario.

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo entre la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S., y el señor José Reinel Olaya Ruíz desde el 26 de mayo de 2010 hasta el 1° de diciembre de 2012.

SEGUNDO: CONDENAR a la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S a pagar al demandante, las siguientes sumas y conceptos por el periodo laborado durante la vigencia del contrato de trabajo:

- \$690.529,86 por compensación de vacaciones.
- \$1.577.998,61 por concepto de cesantías.
- \$172,718,73 por concepto de intereses a las cesantías.
- \$1.577.998,61 por concepto d prima de servicios.

TERCERO: CONDENAR a la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S a pagar al señor José Reinel Olaya Ruiz los intereses moratorios que se causen sobre el valor adeudado por prestaciones sociales en dinero, esto es sobre la suma de \$3.328.715.95 a la tasa máxima de libre asignación certificado por la Superintendencia Financiera, a partir del 1° de diciembre de 2012 y hasta cuando su pago de verifique.

CUARTO: ABOSOLVER a la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S, de todas las pretensiones incoadas en su contra por el señor José Reinel Olaya Ruíz.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. Liquidese la suma de \$300.000 por concepto de agencias en derecho.”.

Como fundamento de la decisión la A quo expuso:

En lo referente a la relación laboral consideró el juzgador de primera instancia, en atención a las documentales obrantes en el plenario que la fecha inicial del contrato es el 26 de mayo de 2010 por ser esta la fecha de la matrícula que aparece en el certificado de existencia y representación de la encartada, pese a que en certificado emitido por la pasiva el 12 de septiembre de 2012 visible a folio 14, se mencione que para esa calenda la relación ya levaba 5 años de duración y determinó como fecha final de la relación el día 1 de diciembre de 2012 de conformidad al certificado emitido por POSITIVA Compañía de Seguros S.A., ya que desde esa fecha se encuentra inactivo como trabajador de la llamada a juicio.

Así mismo consideró el Despacho que las fechas en las cuales -según el dicho del actor- ocurrieron los accidentes de trabajo 11 de julio de 2013 y 5 de agosto de 2014, no podrían ser imputados a la pasiva, pues en esas fechas el demandante ya no prestaba sus servicios a la sociedad, por lo que tampoco era dable acceder al pago de las diferencias por las incapacidades generadas en su favor.

Con relación a la indemnización de que trata el art. 64 del CST y SS, determinó la primera instancia que la parte demandante incumplió con su deber de demostrar el hecho del despido, por lo que no se podría realizar condenas frente a este punto, y al no estar demostrado lo anterior, misma suerte correría la indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Respecto al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios desde el 1° de enero de 2007 hasta la fecha de la terminación del contrato, como quiera que se demostró que los extremos temporales se extendieron desde el 26 de mayo de 2010 al 1° de diciembre de 2012, será desde estas fechas en que se calcularan las prestaciones, además que la parte demandada no logró demostrar el pago de dicho emolumentos, sin que se vean afectadas por la excepción de prescripción ya que se tuvo por no contestada la demanda.

Por último, señaló que dentro del caso en concreto se evidencia la ausencia de buena fe por parte de la demandada por lo que fulminó condena en su contra en virtud de la sanción de que trata el art. 65 del CST y SS.

Del recurso de apelación

Inconforme con las resultas del proceso, el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación indicando su inconformidad frente a los extremos temporales de la relación laboral declarados por en la sentencia recurrida, toda vez que al momento del segundo accidente de trabajo sufrido por el demandante en calenda de 11 de julio de 2013, continuaba siendo trabajador de la demandada, lo que significaría que la fecha final de la relación laboral no es la declarada en la providencia ataca -1° de diciembre de 2012-, situación que además fue relatada por el testigo Luna Bautista, pero que el dicho del testigo no fue tenido en cuenta por el juez de instancia.

Adujo también el apelante único, que al momento del despido el demandante se encontraba gozando de incapacidades por lo que la demandada para dar por terminada la relación laboral debía contar con la autorización del Min. Trabajo, situación que no se presentó por lo que se le debe imponer a la encarta la indemnización de que trata el art. 26 de la Ley 361 de 1997, así mismo que debe cancelar los pagos por concepto de despido sin justa causa e incapacidades otorgadas al demandante.

Alegatos de conclusión

El apoderado judicial de la parte demandante solicito revocar integralmente la sentencia, con el fin de que se reconozca las pretensiones y pensión de invalidez. Por su parte la demandada guardo silencio.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención al alcance del recurso presentado, se impone la Sala el resolver los siguientes problemas jurídicos; (i) Si efectivamente, y según el material probatorio recaudado dentro del proceso, los extremos temporales de la relación distan de los reconocidos por el Juez de primera instancia, (ii) Si le asiste derecho o no al demandante al reconocimiento y pago de la sanción de que trata el art. 64 del CST y SS, al ser separado de su cargo sin mediar una justa causa, (iii) Si le asiste derecho o no al demandante, al pago de la sanción contemplada en el art. 26 de la Ley 361 de 1997, ya que al momento de dar por terminada la relación laboral, la pasiva debía contar con la autorización del Ministerio del Trabajo y (iv) Si le asiste el derecho o no al demandante, a recibir el pago por las diferencias entre los salarios y las incapacidades como quiera que, a juicio del demandante, las incapacidades no eran canceladas con base al salario real devengado por el demandante.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

De la relación laboral y los extremos.

Sea lo primero señalar que dentro del libelo introductorio⁶, el recurrente en su hecho primero refiere que celebró contrato a término indefinido con la demandada, desde el día 1° de enero de 2007, por lo que se puede entender que pretende y se declare está como fecha inicial de la relación. Ahora bien, en lo pertinente a la fecha de finalización no realizó manifestación alguna, pues al referirse a las fechas 11 de julio de 2013 y 26 de febrero de 2014, lo hace solo para señalar que sufrió accidentes laborales en dichas calendas.

Así las cosas, es claro para esta Sala de decisión y al fin de determinar con certeza el tiempo en que se desarrolló la relación laboral, es menester el analizar el recaudo probatorio realizado dentro del asunto *sub judice*. A folios 7 y 8 del plenario milita “Certificado de Existencia y Representación

⁶ Escrito de demanda visibles a folios 33 a 47 del plenario.

Legal” de la demandada, en la que se puede apreciar claramente que la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S., cuanta con matrícula No. 01994584 del 26 de mayo de 2010, lo que de suyo indica que solo a partir de la fecha mencionada podría ser sujeto de derechos y obligaciones, por lo que en consecuencia no es dable atender a la súplica, así mismo se desvirtúa lo expresado en la certificación laboral expedida por la pasiva el 12 de septiembre de 2012, obrante a folio 14, en la cual indicó:

*“CONSTRUCCIONES JRA S.A.S. con NIT 900359675-8, hace contar que el señor (a) JOSÉ REINEL OLAYA RUIZ con cedula No. 17700542 de PUERTO RICO (Caquetá) laboral para nosotros como OFICIAL DE CONSTRUCCIÓN (OBRA MIRADOR COLINA) **desde hace 5 años con un contrato a término de obra.** Con un salario básico de \$566.700 más 693.300 por trabajos adicionales y prestaciones de ley. Demostrando ser una persona cumplida con todas sus obligaciones».*
«Negrilla fuera del texto original”.

Por lo que este cuerpo de decisión colegiado encuentra que efectivamente la decisión adoptada por la instancia anterior encuentra sustento en el material probatorio. Ahora, respecto a la fecha de finalización del contrato de trabajo, señaló la *A quo* que la misma data del 1° de diciembre de 2012 en virtud del certificado expedido por POSITIVA Compañía de Seguros S.A., el día 14 de mayo de 2014, visible a folio 17, en la que señaló:

“Verificada la base de datos de la compañía se encontró que el señor(a): OLAYA RUIZ JOSÉ REINEL identificado con Cedula de Ciudadanía No. 17.00.542, trabajador de la empresa CONSTRUCCIONES JRA S.A.S, está afiliado a POSITIVA Compañía de Seguros S.A., en riesgos laborales con tipo de vinculación Dependiente desde el 16 de octubre de 2010 con riesgo 5 y se encuentra INACTIVO desde el 1 de diciembre de 2012”.

Situación que a todas luces difiere del contenido de la certificación laboral emitida por la encartada y expedida, el 1° de marzo de 2014, visible a folio 16 en la que revela que el señor Olaya Ruiz, al momento de la calenda *“trabaja para nuestra compañía, devengando un salario mínimo legal, con un contrato por obra o labor, desempeñando el cargo de Oficial de Obra en el proyecto Universidad Tadeo”,* por lo que, muy a pesar de lo decidido en la sentencia recurrida, es esta certificación la que se debió tomar a fin de establecer el extremo temporal final de la relación, por la simple razón, que el certificado expedido por Positiva si bien puede generar un indicio sobre la existencia de una relación laboral, carece de fuerza frente a un documento emitido por el propio ex empleador, que no fue objeto de reparo y en el que manifiesta claramente que una fecha en la que el demandante presta servicios en su favor, la modalidad del contrato e indicando inclusive el salario que devengaba para la época, por lo que se modificará el primer punto de la sentencia, para en su lugar declarar como extremo final de la relación laboral el día 1° de marzo de 2014. Como consecuencia

de lo anterior procede la Sala a realizar las operaciones de rigor a fin de indicar a cuanto asciende el valor de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones para el periodo de diciembre de 2012, el año 2013 y hasta el 1° de marzo de 2014, advirtiendo que se tendrá como salario base el SMLMV para cada anualidad.

Para el periodo de diciembre de 2012.

Año	2012
Dias Laborados	30
Salario Basico	\$ 567.700
Auxilio de Transporte	\$ 67.800
Salario Mensual	\$ 635.500
Conceptos	
Prima de servicios	\$ 52.958
Cesantías	\$ 52.958
Int. a la Cesantías	\$ 530
Vacaciones	\$ 23.654

Para el año 2013

Año	2013
Dias Laborados	360
Salario Basico	\$ 589.500
Auxilio de Transporte	\$ 70.500
Salario Mensual	\$ 660.000
Conceptos	
Prima de servicios	\$ 660.000
Cesantías	\$ 660.000
Int. a la Cesantías	\$ 79.200
Vacaciones	\$ 294.750

Para el año 2014.

Año	2013
Dias Laborados	61
Salario Basico	\$ 616.000
Auxilio de Transporte	\$ 72.000
Salario Mensual	\$ 688.000
Conceptos	
Prima de servicios	\$ 116.578
Cesantías	\$ 116.578
Int. a la Cesantías	\$ 2.370
Vacaciones	\$ 52.189

Del hecho del despido.

Adujo el recurrente, que la demandada al dar por terminada la relación laboral, no acreditó ninguna de las causales enlistadas en el art. 62 del CST y SS, por lo que debería asumir el pago de la indemnización contenida en el art. 64 *ibidem* modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, así las cosas, se debe señalar por parte de esta Sala, que la procedencia de dicha compensación, se encuentra supeditada al hecho del despido -hecho que como bien consideró la Juez de primera instancia- no se encontró demostrado dentro del acervo probatorio, pues en atención de las pruebas obrantes en el proceso no existe documental llámese “carta de despido” o comunicación dirigida al demandante, -o en caso de tratarse de un despido indirecto- carta de renuncia que permita inferir que es la demandada la culpable de la terminación del contrato de trabajo, y si bien la parte demandante en su escrito de demanda, en el hecho No.41 indica: “*La demandada de manera unilateral y sin justa causa procedió a dar por terminado el contrato laboral*”, no menos cierto es, que la sola afirmación no basta para acreditar el hecho, para ello debe aportar los medios de convicción necesarios -pruebas que para este caso, no se presentaron- Maxime, cuando le compete a la parte demandante demostrar la existencia del despido, y la contra parte acreditar la ocurrencia de las justas causas. Motivos por los cuales se confirmará la sentencia apelada en este punto.

De la prohibición de despidos a trabajadores con incapacidades y la indemnización contenida en el art. 26 de la Ley 361 de 1997.

Sobre este punto cabe señalar que al no ser demostrado el hecho del despido, la Sala se releva del estudio de este punto de la apelación, más aún cuando dentro del acervo probatorio no obra prueba, ni siquiera sumaria, llámese calificación o concepto, proveniente de alguna de las entidades previstas en el art. 3 de del Decreto 2463 de 2001, que permita establecer, que el demandante al momento del despido -despido que no se demostró- estuviera inmerso en una situación de vulnerabilidad o discapacidad, o que presentara alguna pérdida en su capacidad laboral. Aunado a ello, tampoco existe certificado de incapacidad expedido por la EPS para la fecha de finalización de la relación laboral.

Del pago de las diferencias en las incapacidades.

Señala la parte demandante que al momento de liquidarse y pagarse las incapacidades otorgadas, no se tuvo en cuenta el salario real devengado por el demandante durante el transcurso de la relación laboral, el cual ascendía a la suma de \$1.200.000, y que para el cálculo y su eventual el reconocimiento se tomaba como base el SMLMV para la época, afirmación que carece de total sustento al revisar las documentales que militan en el plenario, pues no existe prueba alguna de las incapacidades entregadas al demandante, en donde se pueda establecer su fecha y duración, arribando

a la indefectible conclusión que la parte interesada en este caso la demandante, incumplió con su deber de la carga de la prueba, razones por las cuales se confirmará la sentencia en este punto.

Por último, en cuanto a la pretensión del reconocimiento de una prestación pensional, pretendida en los alegatos de conclusión, debe indicarse que el estudio de lo pretendido no procede en esta instancia toda vez que no fue pretendida desde el inicio de la demanda, ni mucho menos se debatió al respecto en primera instancia, pues se reitera no existe calificación de pérdida de capacidad laboral, documento necesario para determinar la procedencia de esta clase de derechos.

Por lo anterior, se modificará el ordinal primero de la sentencia proferida el 23 de enero de 2019 por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C., para establecer como fecha final de la relación laboral el 1 de marzo de 2014, el ordinal 2 para condenar al pago de prestaciones sociales y vacaciones hasta la fecha de la terminación de la relación laboral y el ordinal 3 en el sentido de determinar lo referente a los intereses moratorios. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandada en la suma de \$300.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el ordinal 1 de la sentencia apelada, en el sentido de **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo entre la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S. y el señor JOSE REINEL OLAYA RUIZ desde el 26 de mayo de 2010 al 1 de marzo de 2014.

SEGUNDO: MODIFICAR el ordinal 2 de la sentencia proferida el 23 de enero de 2019, para **CONDENAR** a la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S. a pagar a JOSE REINEL OLAYA RUIZ los siguientes conceptos;

Vacaciones: \$ 1.070.122.86

Cesantías: \$ 2.407.534.61

Intereses a las cesantías: \$ 254.818.73

Prima de Servicios: \$ 2.407.534.61

TERCERO: MODIFICAR el ordinal 3 de la sentencia proferida el 23 de enero de 2019, para **CONDENAR** a la sociedad CONSTRUCCIONES JRA S.A.S. a pagar a JOSE REINEL OLAYA RUIZ los intereses moratorios que

se causen sobre el valor adeudado por prestaciones sociales, esto es sobre la suma de \$6.140.010.81, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 2 de marzo de 2014 y hasta cuando se verifique su pago.

CUARTO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandada, en la suma de \$300.000.00 pesos, se confirman las de primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado

F11



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105034201500992-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA CRISTINA ZAPATA
ORREGO CONTRA EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ
S.A. – ESP - ETB S.A – E.S.P.**

En Bogotá D.C. a los 30 días de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Procede la Sala resolver en el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante en contra de la sentencia proferida el 19 de junio de 2019¹ por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora María Cristina Zapata Orrego por medio de apoderado judicial presentó demanda² ordinaria laboral de primera instancia en contra de Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. – ESP – ETB S.A. - ESP, para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones; que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo suscrito en

¹ Sentencia de primera instancia fls.150 a 152.

² Escrito de demanda fls.41 a 55.

calenda del 6 de junio de 1989, que se declare que la encartada debe pagar en favor de la demandante las siguientes acreencias; por concepto de reliquidación de cesantías la suma de \$17.015.330 y por concepto de reliquidación de la indemnización \$17.366.822, ambas sumas con sus respectivos intereses.

Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demanda al pago de \$34.382.152 por concepto de reajuste de las cesantías y reajuste de la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del CST y SS por el no pago completo de las cesantías definitivas, el pago debidamente indexado de las sumas adeudadas, el pago de los intereses moratorios por el no pago de las sumas adeudadas y las costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica³ a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 6 de junio de 1989 al 17 de octubre de 2013, que el último salario promedio devengado por la demandante ascendió a la suma de \$6.715.583.26, que el día 17 de octubre de 2013 se dio por terminada la relación laboral de forma unilateral por parte de la demandada con indemnización de perjuicios, que el día 28 de octubre de 2013 se le canceló a la demandante la suma de \$187.710.477 por concepto de cesantías definitivas, prestaciones sociales e indemnización, que por error en la liquidación definitiva el día 7 de noviembre de 2012 se le reliquidación sus cesantías definitivas y prestaciones sociales se le canceló la suma de \$52.182.532, que el 15 de septiembre de 2015 presentó ante ETB solicitud de liquidación de salario promedio con días de causación por cada concepto al cual ETB dio contestación de manera incorrecta, que la pasiva no liquidó de forma completa a la finalización del contrato laboral las cesantías y la indemnización, que a la fecha no se han cancelado factores convencionales proporcionales que afectan las cesantías por lo que se encuentra la demandada en mora de pagar de manera completa las cesantías definitivas, la sociedad demandada no ha pagado las sumas adeudadas a la señor demandante a pesar del requerimiento de cobro.

Contestación de la demanda:

Una vez admitida la demanda⁴ y realizada las notificaciones de rigor la encartada mediante apoderado judicial dio contestación al libelo de demanda a través de la documental obrante a folios 79 a 86 del plenario, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra.

³ Hechos de la demanda, fls.41 y 42 del plenario.

⁴ Auto de Admisión de fecha 26 de abril de 2016, visible a f. 56 y 57 del plenario.

Respecto a los hechos aceptó los relacionados con la existencia de la relación laboral con la demandante y su duración, la terminación unilateral del contrato y el pago realizado por la liquidación laboral.

Como medios exceptivos propuso los denominados⁵ como: desistimiento de la demanda aceptado judicialmente, inexistencia de fuente normativa que imponga obligación a mi representada, cobro de lo no debido, prescripción extintiva de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, inexistencia de la mora y buena fe de la entidad, inexistencia de la obligación de pagar intereses, compensación y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 19 de junio de 2019⁶, el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de COSA JUZGADA propuesta por la parte demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – “ETB S.A. E.S.P.”.

SEGUNDO: consecuencia de lo anterior, **ABSOLVER** a la demandada EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ – “ETB S.A. E.S.P.”; de todas y cada una de las pretensiones incoadas en contra por la demandada MARÍA CRISTINA ZAPATA ORREGO.

TERCERO: CONDENAR es costas a la parte demandante MARÍA CRISTINA ZAPATA ORREGO. Se fijan como agencias en derecho la suma de «1» smlmv.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante MARÍA CRISTINA ZAPATA ORREGO, conforme a lo dispuesto en el art. 69 del CPL.”.

Como fundamento de la decisión expuso:

Arguyó el *A quo* que al existir un desistimiento presentado en un proceso anterior donde se reunieron identidad de partes, pretensiones y hechos, deben darse los efectos que produce el art. 314 del CGP, es decir, es auto mediante el cual se admitió la solicitud se le atribuyen los efectos de cosa juzgada, por lo que cercena la posibilidad de la presentación de nuevas acciones donde se persigan los mismos pedimentos con base en los mismos fundamentos facticos.

⁵ Excepciones fls. 84 y 85 del plenario.

⁶ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, visible a folios 150 y 151 del plenario.

Del recurso de apelación⁷.

Inconforme con los resultados del proceso el apoderado de la parte demandante presentó recurso de apelación, arguyendo que la excepción de cosa juzgada como producto del desistimiento realizado por la demandante, no implica que no se puedan presentar nuevas acciones, por quedar latente el derecho sobre el cual no ha existido resolución alguna por parte del órgano jurisdiccional, ya que los efectos de la figura solo se relacionan al ámbito jurídico-procesal, pero no al derecho material y sustancial.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandada en sus alegatos de conclusión solicito la confirmación de la sentencia de primera instancia, para lo cual argumento la existencia de la figura de la cosa juzgada y reitero excepciones propuestas con la contestación de la demanda. Por su parte la demandante guardo silencio.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a la forma en que se presentó la demanda, el escrito de contestación y los argumentos esgrimidos por el juzgador de instancia, esta Sala de decisión, se impone el resolver el presente problema jurídico; si el desistimiento realizado por la demandante en proceso anterior en donde se solicitaban las mismas pretensiones bajo los mismos hechos -el cual fue aceptado por el juzgador de instancia- produce los efectos de cosa juzgada.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

⁷ CD Medio magnético “27”:46”

Sea lo primero señalar que aspectos como la existencia de la relación laboral, la modalidad del contrato celebrado entra las partes y los extremos temporales, no fueron objetos de discusión en el presente asunto, así las cosas, se procede a abordar el estudio de los problemas jurídicos señalados.

Del desistimiento y los efectos de la cosa juzgada.

Sea lo primero señalar que la figura jurídica del desistimiento la podemos definir sin lugar a duda, como una de las formas anormales de terminación del proceso, la cual consiste en la declaración efectuada por el demandante, en su decisión de renunciar a las pretensiones por las que inició un proceso que se encuentra pendiente de resolverse. Por lo anterior, el desistimiento conlleva la terminación del proceso.

En desarrollo de lo anterior, el artículo 314 del Código General del Proceso⁸, le confiere al promotor de la demanda, la capacidad de desistir de la misma o de sus pretensiones, siempre y cuando, no se haya proferido una sentencia que ponga fin al proceso. Adicionalmente, dispuso que el auto que acepta el desistimiento genera los mismos efectos de cosa juzgada que una sentencia absolutoria, en la medida en que el desistir implica la renuncia de las pretensiones de la demanda, en otras palabras, se puede señalar que el desistimiento implica la terminación de la actuación procesal.

En ese orden de ideas, al ser el desistimiento una declaración de voluntad de terminar un pleito y abandonar las pretensiones de la demanda tiene efectos jurídicos desde que se emite el auto de aceptación -en la medida en que dicha providencia tiene efectos de cosa juzgada-. Tanta es la importancia de que se demuestre la verdadera voluntad del demandante de abandonar sus pretensiones y terminar el proceso judicial, que podemos observar en los art. 343 y 315 prohibiciones establecidas en el Código de Procedimiento Civil y en el Código General del Proceso -respectivamente-, responden a una necesidad de tener plena certeza de la voluntad del demandante de desistir de la acción.

⁸ ARTÍCULO 314. DESISTIMIENTO DE LAS PRETENSIONES. El demandante podrá desistir de las pretensiones mientras no se haya pronunciado sentencia que ponga fin al proceso. Cuando el desistimiento se presente ante el superior por haberse interpuesto por el demandante apelación de la sentencia o casación, se entenderá que comprende el del recurso.

El desistimiento implica la renuncia de las pretensiones de la demanda en todos aquellos casos en que la firmeza de la sentencia absolutoria habría producido efectos de cosa juzgada. El auto que acepte el desistimiento producirá los mismos efectos de aquella sentencia.

Si el desistimiento no se refiere a la totalidad de las pretensiones, o si sólo proviene de alguno de los demandantes, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

En los procesos de deslinde y amojonamiento, de división de bienes comunes, de disolución o liquidación de sociedades conyugales o patrimoniales, civiles o comerciales, el desistimiento no producirá efectos sin la anuencia de la parte demandada, cuando esta no se opuso a la demanda, y no impedirá que se promueva posteriormente el mismo proceso.

El desistimiento debe ser incondicional, salvo acuerdo de las partes, y sólo perjudica a la persona que lo hace y a sus causahabientes.

El desistimiento de la demanda principal no impide el trámite de la reconvención, que continuará ante el mismo juez cualquiera que fuere su cuantía.

Cuando el demandante sea la Nación, un departamento o municipio, el desistimiento deberá estar suscrito por el apoderado judicial y por el representante del Gobierno Nacional, el gobernador o el alcalde respectivo.

Así las cosas, a folio 145 del informativo en donde obra auto proferido por el mismo juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., con calenda del 15 de julio de 2015, dentro del proceso ordinario laboral radicación 1100131305034201500992 01, en el cual se comparte con el asunto *sub judice*, identidad de partes, pretensiones y hechos que sirven de sustento a la demanda, en donde se indica:

“ *DESISTIMIENTO*

El apoderado de la parte demandante solicitó dentro de esta diligencia el deseo de DESISTIR del presente proceso, solicitud que fue coadyuvada por la parte demandada, con la manifestación expresa de no imponer en costas a la parte demandante.

El Despacho previo a la orientación y requisitos luego de haber efectuado las aclaraciones legales que conllevan el desistimiento resolvió:

PRIMERO: ACEPTAR el desistimiento de la demanda solicitado por el apoderado de la parte actora y coadyuvado por el apoderado de la parte demandada, y conforme las advertencias hechas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: como consecuencia de lo anterior, DAR POR TERMINADO el proceso que nos convoca de forma anormal.

TERCERO: Sin costas en esta instancia.

CUARTO: Archivar las presentes diligencias, previas las anotaciones efectuadas.”.

De lo anterior, esta Sala de decisión puede arribar a la indefectible conclusión que la demandante señora Zapata Orrego, presentó desistimiento de la demandada, el cual fue admitido mediante el auto traído a colación y por ende en la aplicación del art. 314 del CGP, se producen los efectos de la cosa juzgada.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 19 de junio de 2019 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$200.000.00 pesos.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada proferida el 19 de junio de 2019 por el Juzgado 34 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso promovido por MARIA CRISTINA ZAPATA ORREGO contra EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTA S.A. ESP, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante en la suma de \$200.000.00 pesos y en favor de la demandada, se confirman las de primera instancia dadas las resultas del proceso.

Notifíquese y cúmplase,


JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105005201700814-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE SANDRA JOHANNA GARAY
BUITRAGO CONTRA COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A – E.S.P.**

En Bogotá D.C. a los 30 días del mes de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Procede la Sala resolver en el grado jurisdiccional de consulta sobre la sentencia proferida el 6 de mayo de 2019¹ por el Juzgado 5° Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

La señora Sandra Johanna Garay Buitrago por medio de apoderado judicial presentó demanda² ³ordinaria laboral de primera instancia contra la COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. ESP, para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones; que se declare que entre las partes existió un contrato de trabajo el cual inicio el día 3 de junio de 2008 y terminó por causas imputables a la demandada el día 15 de junio de 2016 cuando la demandante gozaba de fuero de maternidad -situación que era conocida por la llamada a juicio-, que se declare que a la demandante se le debe cancelar la indemnización de que trata el art. 64 del CST y SS por el despido sin justa causa del cual fue objeto, que la demandante tenía derecho la nivelación salarial por sus “funciones, responsabilidades y buen desempeño” a partir de los años 2015 y 2016

¹ Sentencia de primera instancia fls.259 a 263.

² Escrito de demanda fls.1 a 9.

³ Escrito de subsanación de demanda fls 81 a 83.

fecha en la cual presentó solicitud de nivelación salarial, que la llamada a juicio debe realizar el pago de los salarios y prestaciones de ley desde el momento del despido y hasta el momento en que se emita sentencia en este proceso -teniendo en cuenta la nivelación salarial a la que tiene derecho-, que se declare que la sociedad demandada debe realizar el pago de los gastos en los cuales incurrió la demandante al realizar una nueva afiliación y aportes a EPS Compensar desde el 1° de abril de 2016 hasta que se emita sentencia, que la empresa demandada debe realizar la liquidación teniendo en cuenta la nivelación salarial a la que la demandante tiene derecho en igualdad a los compañeros que fueron contratados para desempeñarse en el mismo cargo.

Que en consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la demandada a pago de las indemnizaciones contenidas en los arts. 64 y 239 del CST y SS, el pago de las doce “12” semanas de descanso remunerado con ocasión al estado de embarazo en que se encontraba a la terminación unilateral del contrato de trabajo, al pago de los reajustes en cuanto a salarios mensuales, aportes a prestaciones y liquidación laboral realizada para los años 2015 y 2016, fecha en la que solicitó nivelación salarial, al pago de los gastos en ellos cuales incurrió la demandante en los aportes a salud realizados a la EPS Compensar desde el 15 de marzo de 2016 y hasta que se dicte sentencia, los derechos que se resulten probados en extra y ultra *petita* y las costas agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica⁴ a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que la demandante prestó sus servicios como “Secretaria de Vicepresidencia de Recursos Humanos” en favor de la llamada a juicio mediante contrato de trabajo que inicio el 3 junio de 2008, pactando como salario la suma de \$1.335.000 hasta el 15 de marzo de 2016 fecha en la cual la demandada de forma unilateral decidió dar por terminada la relación -pese a conocer el estado de embarazo de la demandante-, que como causal de justificación la empresa indicó que la sociedad se encontraba en restructuración, teniendo en cuenta el despido del cual fue objeto la demandante entró en estado depresión que a su vez le generó “sangrados vaginales colocándola en alerta por su estado embarazo”, que a la demandante le practicaron “*procedimiento quirúrgico de salpingectomy unilateral total por laporascopia*” el día 12 de abril de 2016 fecha en la que perdió su bebe, que para poder ser atendida por la EPS tuvo que filiarse nuevamente al sistema de Plan Obligatorio de Salud, que a fecha 15 de abril de 2016 la demandante presentó solicitud de nivelación salarial ya que a otros compañeros con su mismo salario le reconocían la suma de \$2.300.000, que para el momento de su despido la demandante percibía como salario la suma de \$1.592.850.

⁴ Hechos de la demanda, fls.1 y 2 del plenario.

Contestación de la demanda:

Una vez admitida la demanda⁵ y realizada las notificaciones de rigor la encartada mediante apoderado judicial dio contestación al libelo de demanda a través de la documental obrante a folios 108 a 147 del plenario, se opuso a la totalidad de las pretensiones incoadas en su contra. Respecto a los hechos aceptó los relacionados con la fecha de la terminación de la relación laboral y el salario que devengaba la demandante al momento del despido.

Como medios exceptivos propuso los denominados⁶ como: inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa, buena fe, pago, enriquecimiento sin justa causa de la demandante, compensación y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 6 de mayo de 2019⁷, el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. – E.S.P., de todas y cada una de las pretensiones invocadas por la señora SANDRA JOHANNA GARAY BUITAGO.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

TERCERO: COSTAS a cargo de la actora. Inclúyase en la liquidación de costas, la suma de \$900.000, valor en que se estimaran las agencias en derecho a cargo de la demandante.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado. CONSÚLTESE con el superior.”.

Como fundamento de la decisión expuso:

Arguyó el *A quo* que no se demostró que la sociedad demandada al momento del despido del cual fue objeto la demandante, no tenía conocimiento del estado de gravedad de la promotora del proceso, por lo que no se generan las consecuencias previstas a la luz de la SU-075 de 2018 emitida por la H. Corte Constitucional.

Respecto a la solicitud de nivelación salarial, señaló la primera instancia que la demandada demostró las condiciones objetivas por las cuales las

⁵ Auto de Admisión de fecha 23 de marzo de 2018, visible a f. 84 del plenario.

⁶ Excepciones fls. 126 a 128 del plenario.

⁷ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, visible a folios 259 a 263 del plenario.

demás trabajadoras -compañeras de trabajo-, devengaban una asignación salarial superior.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente el apoderado de la parte demandada solicita se confirme la sentencia apelada. De otro lado, la parte demandante guardo silencio.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a la forma en que se presentó la demanda, el escrito de contestación y los argumentos esgrimidos por el juzgador de instancia, esta Sala de decisión, se impone el resolver los presentes problemas jurídicos; (i) Si efectivamente la demandante al momento del despido contaba con la estabilidad de fuero de maternidad y en consecuencia es dable el reconocimiento y pago de las indemnizaciones generadas por el desconocimiento de dicha garantía y (ii) Si le asiste derecho o no a la demandante, a la nivelación salarial deprecada, en virtud del principio de trabajo igual salario igual.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

Sea lo primero señalar que aspectos como la existencia de la relación laboral, la modalidad del contrato celebrado entra las partes y los extremos temporales, no fueron objetos de discusión en el presente asunto, así las cosas, se procede a abordar el estudio de los problemas jurídicos señalados.

Del fuero de maternidad.

En torno a resolver la primera controversia presente en el asunto *sub judice* lo primero que se debe establecer es si efectivamente la demandante al momento de ser desvinculada de la sociedad demandada gozaba de la protección de fuero de maternidad, la cual no es más que la garantía con las que cuentan las trabajadoras de no ser separadas de su cargo, por ocasión de su estado de embarazo o lactancia.

Se recuerda que el *A quo* para adoptar la decisión absolutoria, consideró que conforme al material probatorio arrimado al informativo, al momento en que la empresa decidió dar por terminado el contrato de trabajo a término indefinido a la promotora -el 15 de marzo de 2016- esta no tenía conocimiento sobre el estado de embarazo en el cual se encontraba la señora Garay Buitrago, con base en lo cual concluyó que esa desvinculación no obedeció a la gravidez, razones por las que no había lugar a aplicar las presunciones previstas en el artículo 239 del CST.

Así las cosas, de entrada debe señalarse que no existe sobre este punto de la sentencia consultada dislates o yerros en el raciocinio utilizados en la primera instancia o que el mismo hubiese soslayado la aplicación del artículo 239 del CST, toda que como fácilmente se escucha en el audio que contiene la sentencia, fue uno de los pilares en que fundó su decisión, encontrando, que la presunción allí establecida no había operado, por cuanto halló demostrado que la demandada para el momento en que decidió finalizar el vínculo contractual que la unía con la promotora del litigio, no tenía conocimiento del estado de gestación en que ella se encontraba, y que incluso, la misma demandante confesó en el interrogatorio de parte que no tenía la certeza de su estado, que solo tenía una “sospecha” y que solo después del retiro tuvo pleno conocimiento de su estado.

En ese orden, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gestación de la trabajadora, cuando terminó su contrato, se tiene que la solución jurídica aplicada por el *A quo* resulta ser la acertada, pues mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que su decisión obedeció a ello.

Sobre este puntal aspecto, esto es, la necesidad del conocimiento por parte del empleador como exigencia legal para efectos de la protección laboral de la mujer en estado de gravidez, se pronunció la Sala en sentencia CSJ SL7270-2015, en donde sostuvo:

“[...] tal como quedó señalado en el devenir procesal, el Tribunal halló demostrado: (i) que la terminación del contrato de trabajo suscrito entre las partes, obedeció a la decisión unilateral y sin justa causa del empleador, a partir del 14 de junio de 2007; (ii) que posteriormente, la actora notificó su estado de embarazo, mediante misiva de fecha «26 de junio» de ese mismo año, y (iii) que la accionada a través de la comunicación adiada 29 de junio de 2007, le informó a la demandante que su comunicación carecía de «efecto jurídico laboral» .

[...]

Lo anterior, por cuanto la protección a la maternidad-a menos que se trate de un hecho notorio, que no lo fue en este asunto-, se contrae al

ciclo comprendido entre la notificación del estado de gestación, la licencia de maternidad y los períodos legales de descanso, luego no resulta acertado pretender que el despido efectuado por la empresa a la trabajadora, antes de conocer su embarazo, le otorgue fuero de maternidad [...].

En esa línea, al ser un hecho incuestionable que la convocada a juicio desconocía el estado de gravidez de la trabajadora, cuando procedió a su despido, se tiene que la solución jurídica aplicada por el Tribunal resulta ser la acertada, pues como se dijo en precedencia, mientras el empleador no se encuentre enterado de tal situación, no es factible presumir que la decisión obedeció a ello.

En efecto, acerca de la necesidad del conocimiento empresarial como exigencia legal para efectos de la protección al empleo, esto es, sobre la información que oportunamente suministra la trabajadora grávida, esta Sala de la Corte tuvo la oportunidad de pronunciarse en la CSJ SL, 28 sep. 1998, rad. 10993, reiterada en decisiones CSJ SL, 28 oct. 2002, rad. 18493, CSJ SL, 22 feb. 2007, rad. 29016 y CSJ SL, 30 ago. 2011, rad. 40283, en la cual adocrinó:

(...) La Corte Suprema en esta ocasión precisa igualmente que en verdad para esos exclusivos fines atinentes a la protección en el empleo es indispensable el conocimiento del empleador, por cualquier medio, porque la Ley no exige tarifa legal al respecto, o incluso presumirse de un embarazo realmente notorio, sin que sea menester que la empleada esté obligada a acompañar una certificación médica sobre su estado de gravidez. Si el conocimiento patronal deriva de la información que suministra la propia trabajadora de encontrarse encinta, respaldada desde luego con el hecho cierto del embarazo acreditable posteriormente con cualquier medio probatorio, ciertamente tal noticia está revestida de la presunción de buena fe y satisface el propósito normativo de asegurar el conocimiento del obligado a cumplir la protección.

Dicha necesidad de conocimiento del empleador en manera alguna puede estimarse como atentatoria de la dignidad personal o como algo excesivo, sino, por el contrario, como una carga lógica y mínima, porque tiende a preservar la eficacia de la protección, la transparencia, el derecho de defensa, y halla su fundamento en la necesidad de que el empleador obligado, conociendo los hechos, tenga el deber de respetar la especial protección en el empleo que el Estado brinda a las mujeres embarazadas, ya que solamente desde el instante en que queda advertido puede operar en sana lógica la protección estatuida en los artículos 35 de la Ley 50 de 1990 y 8° del Decreto 13 de 1967. Por tanto, pugnaría contra esos principios y contra los textos legales que los desarrollan que se imponga el pago de una indemnización, o de los demás efectos pertinentes, a alguien que terminó por justa causa un

contrato que en principio debía ser calificada previamente por el Inspector de Trabajo dado un estado de embarazo que el obligado a cumplir los trámites gubernamentales ignoraba.

En síntesis, si la protección legal apoyada en la censurable discriminación en el empleo consiste en la presunción de despido por motivo de embarazo, es lógico que no puede predicarse tal propósito de quien termina el nexo jurídico con ignorancia del soporte del hecho presumido.

Entonces tampoco resultaba viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al embarazo de la accionante, en tanto, en el sub lite no concurrió el requisito del conocimiento de la gestación previo al despido y, en consecuencia, el juez de alzada tampoco incurrió en el yerro jurídico que se le enrostra.” (Subrayado fuera del texto original)

En este orden, siguiendo las anteriores enseñanzas jurisprudenciales, no resulta viable presumir que el motivo de la finalización del contrato de trabajo obedeció al estado de gestación de la demandante, por cuanto se itera, el mismo no era de conocimiento del empleador, lo que descarta de tajo que esa decisión de la empresa tuviera como móvil el que la demandante estuviese embarazada.

Fuerza concluir entonces, que en ningún yerro jurídico incurrió el *A quo* en su decisión, pues como quedó visto, hizo uso de las normas que gobiernan la protección de la mujer en estado de embarazo; sin embargo, dada las situaciones fácticas que encontró acreditadas no pudo hacerles producir los efectos que en ellas se prevén y que son los perseguidos por la promotora.

No sobra agregar aquí, que la decisión tuvo como eje medular las probanzas que daban cuenta de que para el momento en que se produjo la terminación unilateral del contrato, la empleadora no tenía conocimiento de que la demandante estaba en estado de gestación, lo que conllevó a no dar aplicación a las presunciones previstas en el artículo 239 del CST. Razones más que suficientes para confirmar la sentencia en este aspecto.

Nivelación Salarial – principio trabajo igual salario igual.

En tratándose sobre el segundo punto argüido de la controversia encuentra esta Sala de decisión, que tampoco se equivocó el juez de primer grado, al considerar que no es posible establecer que la demandante se encontraba en similares condiciones laborales frente a sus compañeras de trabajo Lina María Pardo, Edna Liliana Lamprea, Diana Sofia Fonseca, María Yaneth Torres, Nancy Ovalle y Olga Lucia Fuerte, para poder acceder a la nivelación salarial pretendida.

Esto en consecuencia, a la carencia probatoria desplegada por la parte demandante, lo que de suyo implicó la incapacidad de probar que el trabajo por ella prestado, se presentó en idénticas condiciones en cuanto a funciones desarrolladas, eficiencia y rendimiento, respecto a las trabajadoras ya enlistadas⁸, con quien buscaba se hiciera el cotejo, en tanto -y como producto de la deficiencia probatoria ya mencionada- solo se limitó a afirmar de manera genérica, *“quienes tenían las mismas funciones manejadas por mi poderdante, teniendo en cuenta que mi poderdante realizaba funciones de relaciones institucionales, responsabilidad cooperativa y la fundación Movistar, y devengaba menos salarios que sus compañeros de área, realizaba funciones de más que ameritan un mayor salario al asignado”*⁹;

No obstante, no se acreditó identidad de funciones en los términos antes descritos, para poder dar aplicación a la figura prevista en el artículo 143 del CST.

Dicha carga probatoria, sin duda alguna estaba en cabeza de la promotora del litigio, con el fin de demostrar su dicho, de cara a la igualdad de condiciones laborales que alegaba, resultando pertinente traer a colación lo sostenido por la H. Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en Sentencia 14349-2017, que sobre este puntal aspecto sostuvo:

“Es claro que, si la diferencia de salarios surge del desconocimiento de la equivalencia en las condiciones de eficiencia, al actor le incumbe la prueba de ese supuesto, mediante comparación con el servicio que preste otro trabajador mejor remunerado. Pero esa carga probatoria sobre las condiciones de eficiencia, por lo arriba explicado, no aplica a todos los casos. Porque si se alega como en este caso, la existencia de un escalafón que fija salarios para determinado cargo, bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial pero no será indispensable la prueba de las condiciones de eficiencia laboral.

De las lecturas de los precedentes enfrentados por el impugnante, se aprecia, a primera vista, que no son discordantes; por el contrario, se complementan, en la medida que el invocado por el contradictor de la sentencia prevé otra situación adicional, cual es el caso donde, para obtener la nivelación salarial, se alega la existencia de un escalafón que fija los salarios para determinado cargo, en cuyo evento no se requiere la demostración de las mismas condiciones de eficiencia; solo bastará probar el desempeño del cargo en las condiciones exigidas en la tabla salarial.

⁸ Lina María Pardo, Edna Liliana Lamprea, Diana Sofia Fonseca, María Yaneth Torres, Nancy Ovalle y Olga Lucia Fuerte.

⁹ Subsanación de la demanda Numeral 1°, visible a fl.81.

Así pues, no observa la Sala la interpretación errónea que le es achacada al tribunal. Es más, en el sublite, la igualdad salarial no fue pretendida propiamente con base en un escalafón; conforme a la situación fáctica establecida por el tribunal,

«...el mismo accionante reconoce en la apelación de la providencia primigenia, que los coordinadores que laboran en la entidad de demandada tienen diferentes salarios, de conformidad con el racimo de funciones específicas, calidades e instrucción, según lo cual -dice el accionante- se maneja una escala remuneratoria, dentro de la cual no fue incluido. Sin embargo, no existe prueba en el plenario [afirmó el juzgador de alzada] que evidencie que efectivamente el actor se encuentre por fuera del rango de remuneración, es decir; no existen elementos de juicio que permitan efectuar una comparación objetiva respecto de los otros coordinadores. En consecuencia, al no existir fundamentos de orden fáctico y jurídico que hagan factible modificar la decisión apelada, esa se mantendrá»

Para ahondar en razones, de acuerdo con la evolución de la jurisprudencia sobre el tema, en todo caso al trabajador le corresponde probar el trato diferente respecto de otro cargo de igual valor, para trasladarle al empleador la carga de probar las razones objetivas de la diferencia; es decir, no basta su sola afirmación de estar en igualdad de condiciones respecto de otro cargo, para hacerse merecedor de la nivelación. Cumple recordar la sentencia hito sobre el punto:

Sobre el tema de la carga de la prueba, la Sala tiene adocarinado que el trabajador que pretenda una nivelación salarial por aplicación del principio «a trabajo igual salario igual», tiene por carga probatoria demostrar el «puesto» que desempeña y la existencia de otro trabajador que desempeña o desempeñó el mismo puesto o cargo con similares funciones y eficiencia. Sobre el particular son ilustrativas las sentencias CSJ, SL 5 feb. 2014, Rad. 39858, y SL 20 oct. 2006, Rad. 28441, donde reiteró lo dicho en las de 10 de jun. 2005 y 24 de may. 2005, Rads. 24272 y 23148, respectivamente. Criterio adocarinado anteriormente, en la sentencia CSJ SL, 25 sept. 1997, Rad. 9255, reiterada en la del 16 de nov. 2005, Rad. 24575”.

Bajo este horizonte, y en atención a las pruebas recaudadas dentro el proceso, se cuenta con la testimonial del señor Daniel Calvo Pereira quien para la época de los hechos, ostentaba el cargo de “Gerente de Compensación” razones por las cuales conocía de primera mano la situación que hoy se ventila dentro del proceso, sobre la situación laboral de la demandante indicó que su cargo estaba enfocado a unas funciones, perfiles y responsabilidades distintas a las de una “secretaria de vicepresidencia” quienes estaban ubicadas en un “nivel 7” en la compañía y le respondían directamente a los “Vicepresidentes” de la sociedad, en cambio al ostentar la actora el cargo de “Analista Administrativa y

Financiera” estaba ubicada en un nivel 5, y si bien hacia parte de la “Vicepresidencia de Relaciones Institucionales” sus funciones solo se limitaba a brindar apoyo y asistencia a los gerentes y no a la vicepresidencia como tal, situación que fue corroborada por la testigo de descargos Diana Lucia Lozano quien era “gerentista” dentro de la organización, quien añadió que el hecho de pertenecer a la Vicepresidencia de Relaciones Institucionales no la hacia Secretaria de la misma, sin más elucubraciones a criterio de este Cuerpo de Decisión Colegiado se confirmará en este punto la sentencia consultada.

Por lo anterior, debe confirmarse la sentencia proferida el 6 de mayo de 2019 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito Judicial de Bogotá D.C. Sin costas en esta instancia.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional.

Notifiquese y cúmplase


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA
TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105011201800042-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021 fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Dres. Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte actora en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de diciembre de 2019, por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **LUZ MYRIAM CASALLAS CONTRERAS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Dra. MARÍA ALEJANDRA ALMANZA NUÑEZ en los términos de los poderes otorgados obrantes a folios 201-2163. En igual sentido se reconoce personería adjetiva al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR S.A. conforme el poder de folios 222-241.

ANTECEDENTES

LUZ MYRIAM CASALLAS CONTRERAS pretende que se declare la nulidad de su afiliación al RAIS a través de PORVENIR S.A; y como consecuencia, se le condene a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual junto con los rendimientos y demás dineros que se hubieren causado; entidad esta última que deberá tenerla como afiliada y beneficiaria del RPMPD expidiendo las certificaciones correspondientes y recibiendo por parte de PORVENIR S.A la totalidad de lo ahorrado en su

cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos; lo que resulte ultra y extra petita y las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 29 de abril de 1961; su historia laboral en COLPENSIONES presenta inconsistencias sobre semanas cotizadas respecto de las cuales no ha efectuado correcciones; desde el año 1981 al año 2004 cotizó en el ISS hoy COLPENSIONES 781 semanas; PORVENIR S.A la abordó con el fin de que se vinculara a dicho fondo cuando contaba con 43 años de edad y con 781 semanas cotizadas, informándole que afiliarse a pensiones con ese fondo era mucho más seguro y rentable que continuar con el ISS el cual se acabaría, que se pensionaría a la edad que ella quisiera y en el monto que escogiera mientras que en el ISS tenía que esperar hasta los 55 años; no le mencionaron del perjuicio de trasladarse del RPMPD al RAIS ni le hicieron un estudio comparativo con la proyección de la mesada pensional entre los dos regímenes; se vinculó a PORVENIR S.A a partir de 2004; a los 56 años se dio cuenta que no podía pensionarse a la edad prometida ni con los montos esperados por lo que acudió a COLPENSIONES para retornar pero allí le indicaron que era imposible por faltarle menos de 10 años para acceder a su pensión; su afiliación a PORVENIR S.A no fue libre de vicios sino producto de engaños por parte de la AFP pues no cumplió con el deber de proporcionar una suficiente, completa y clara información; y, ha elevado solicitudes sobre la nulidad del traslado a las demandadas siéndole negadas. (fls 3-20)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda y negando la mayoría de los hechos o manifestando no constarle, salvo los relacionados con la edad, la visita de los funcionarios de PORVENIR S.A a su lugar de trabajo, las solicitudes elevadas con sus respuestas y la prohibición de retornar al RAIS.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES– propuso las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica. (fl 60-79)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., propuso las excepciones que denominó como prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica. (fls 112- 120)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2019 el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante; declaró probados los hechos sustento de las excepciones de falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas propuestas por la AFP PORVENIR S.A y las de inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, inexistencia de causal de nulidad propuestas por COLPENSIONES; y, condenó en costas a la parte demandante incluyendo la suma de 1 SMLMV como agencias en derecho.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la anterior determinación la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación para que se revoque en su integridad, y en su lugar acceda a las pretensiones, pues adolece estima que el fallo adolece de un análisis de las pruebas aportadas en el proceso, de las reglas jurisprudenciales respecto a la carga de la prueba, de la falta de aplicación del principio de derecho pertinente a las normas que debieron haberse tenido en cuenta que enseñan que las AFP tienen una responsabilidad de carácter profesional lo que les impone el deber de suministrar una información de forma fidedigna a sus afiliados, no pudiéndose sólo tener en cuenta la firma de una persona que no es idónea en el tema de los fondos privados y que tampoco sabía en su momento cuál iba a ser el beneficio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término legal la parte actora insistió en la revocatoria de la sentencia de primera instancia porque la firma en el formulario de afiliación solo da cuenta de la formalidad requerida para el ingreso de una afiliado al sistema sin que de ello se derive el cumplimiento del requisito de información, no habiendo demostrado el fondo que suministró la información pese a que soportaba la carga de la prueba, concretándose indudablemente el engaño como vicio del consentimiento. Por su parte COLPENSIONES solicitó la confirmación de la sentencia en el entendido que la actora no demostró ningún vicio en el consentimiento y se encuentra incurso en la prohibición de retornar al RPMPD, además que una decisión de nulidad afectaría el sistema financiero del sistema. A su vez, PORVENIR S.A también pido la confirmación del fallo por la falta de demostración de un vicio en el consentimiento por parte de la demandante sin que se le puedan imponer cargas no previstas en la ley vigente al momento de la suscripción del formulario.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario de afiliación firmado por la demandante fue debidamente valorado determinando si con él se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la***

compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso". (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*"En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de***

las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 122 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 17 de marzo de 2004 con efectividad a partir del 1º de mayo de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 123, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien es contadora pública y frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó, que trabajaba en la DIAN y al principio de todos los años las entidades de pensiones y salud iban a su trabajo para las afiliaciones de todo el personal que se contrata anualmente en ese año, la funcionaria de PORVENIR S.A paso puesto por puesto y le dijo que se iba acabar el ISS, que se iba a pensionar antes de la edad de pensión y que en cualquier momento se podía pensionar, pero desafortunadamente no le dijo con qué monto, asesoría que duró 10 minutos y al ver que sus demás compañeros estaba firmando ella también lo hizo.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba

PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora LUZ MYRIAM CASALLAS CONTRERAS asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”* Tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adoctrinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni

proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 17 de marzo de 2004 con efectividad a partir del 1º de mayo de ese año, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, debiendo, en consecuencia, revocarse la decisión absolutoria para en su lugar declarar la nulidad del traslado.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierte los efectos del traslado, teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

Costas en ambas instancias a cargo de PORVENIR S.A dado el resultado del recurso.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el día 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró LUZ MYRIAM CASALLAS CONTRERAS en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante LUZ MYRIAM CASALLAS CONTRERAS a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., el 17 de marzo de 2004 con efectividad a partir del 1º de mayo de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

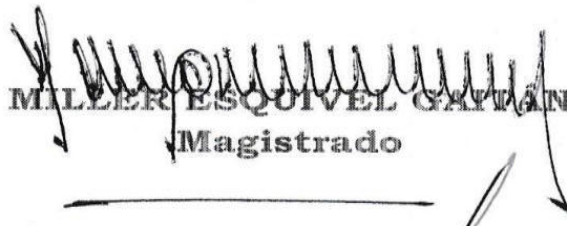
QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PORVENIR S.A., fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Tásense.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

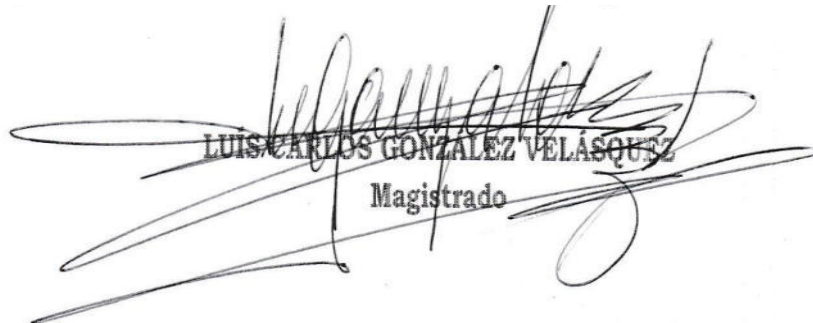
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105004201800162-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de OLD MUTUAL S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **JUANA MARIA RIOS JIMENEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderado de PORVENIR S.A al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ y como apoderado de OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A al Dr. ANDRÉS FELIPE ROMERO, en los términos y para los efectos de los poderes a ellos otorgados donde se encuentran plenamente identificados (fls 213 vto-232 y 236 a 238).

ANTECEDENTES

JUANA MARIA RIOS JIMENEZ pretende que se declare la ineficacia de su afiliación realizada en agosto de 2005 a PORVENIR S.A así como el traslado entre administradoras realizado en el año 2007, teniendo como única

afiliación válida la efectuada al ISS hoy COLPENSIONES; y como consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL a trasladar el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES; lo que resulte ultra y extra petita y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones afirmó, en síntesis, que nació el 29 de febrero de 1960; inició su vida laboral en la Universidad Javeriana cotizando al ISS desde el 18 de junio de 1986 hasta el 30 de junio de 2005, con un total de 351.71 semanas; se trasladó a PORVENIR S.A en el mes de julio de 2005 firmando formulario de vinculación; en el momento del traslado no recibió asesoría ni información sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, la fecha de redención normal de su bono pensional y la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas al RAIS, entre otros aspectos; su decisión de vinculación a PORVENIR S.A no estuvo precedida de la comprensión suficiente; se trasladó a SKANDIA en marzo de 2007, a la AFP HORIZONTE en julio de 2008, a PORVENIR S.A en julio de 2009 y por último a OLD MUTUAL S.A en mayo de 2015; cotizó 612.86 semanas al RAIS con corte a junio de 2017 y, elevó solicitud de nulidad de la afiliación a COLPENSIONES siéndole negada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con su edad, afiliación al Sistema de Seguridad Social, el período de afiliación, el total de semanas cotizadas al ISS, la firma del formulario de vinculación a la AFP PORVENIR S.A, la afiliación a la AFP HORIZONTE y PORVENIR S.A y la solicitud elevada a COLPENSIONES con su respectiva respuesta.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia de causa para demandar, prescripción, buena fe, inexistencia de los intereses moratorios e indexación, compensación y la genérica. (Fls 51-63).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. propuso las excepciones que denominó como prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Fls 87-103)

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales de tracto sucesivo, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante

formulario de vinculación al fondo de pensiones y la genérica. (Fls 156- 162).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2019 el Juzgado Cuarto (4) Laboral del Circuito de Bogotá resolvió declarar la nulidad de la afiliación de la demandante al RAIS que en su caso administra PORVENIR S.A, para tenerla como válidamente afiliada a COLPENSIONES; condenó a OLD MUTUAL S.A a trasladar a COLPENSIONES el saldo existente en la cuenta de ahorro individual de la actora con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales y gastos de administración a que haya lugar; ordenó a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al RPMPD; y, condenó en costas a la demandada PORVENIR S.A fijando como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, el apoderado de OLD MUTUAL S.A interpuso recurso de apelación para que sea revocada en su integridad al considerar que las premisas jurídicas citadas por el A quo no resultaban aplicables en el presente caso ya que la Corte Suprema de Justicia en ninguna decisión ha indicado que procede la inversión de la carga de la prueba en caso de personas que tenían meras expectativas de derecho pensional, siendo el problema aquí la inversión de la carga de la prueba, por lo tanto resulta totalmente desproporcionado que se le imponga un detrimento económico a ese fondo pues lo que ha descontado desde el año 2015 a la fecha por concepto de gastos de administración es consecuencia de la gestión fiduciaria que ha generado unos rendimientos financieros y una porción importante del capital obrante en su cuenta de ahorro individual lo cual no constituye rendimientos financieros, no teniendo sentido que por un lado no pueda descontar lo que generó esa gestión fiduciaria pero tampoco lo que cobró por ese servicio que son los gastos de administración.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la apoderada de la parte actora insistió en la confirmación del fallo de primera instancia señalando que existe una clara y vigente línea jurisprudencial concerniente a la ineficacia del traslado y el deber de información el cual no demostró haber cumplido el fondo. Por su parte PORVENIR S.A., indicó que en este caso no se acreditó la existencia de ningún vicio del consentimiento, habiendo suscrito la demandante formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones habiendole brindado ese fondo la posibilidad de cambiar de régimen como así lo hizo saber en publicación del año 2004 en el diario el Tiempo, y en todo caso no se le deben imponer cargas que no tiene que soportar, sin que haya lugar a la devolución de gastos de administración por no corresponder

a valores que pertenezcan a los afiliados en ninguno de los dos regímenes. Por último, OLD MUTUAL ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CEANTIAS S.A, solicitó que se revoque la declaratoria de la ineficacia del traslado en el entendido que el traslado se hizo de forma libre, voluntaria y consiente como quedó plasmado en el formulario de afiliación, luego de la asesoría verbal, habiendo cumplido ese fondo con todas las obligaciones, siendo que la eventual nulidad quedó saneada con la ratificación efectuada por la actora, no teniendo la obligación devolver los gastos de administración.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si es presupuesto para declarar la nulidad ser beneficiario del régimen de transición o contar con un expectativa legítima de pensión, y **iii)** si OLD MUTUAL S.A está obligada a trasladar a COLPENSIONES además del capital y los rendimientos los gastos de administración. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste**

que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones. Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además***

dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplado como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, pues independientemente de ello las administradoras de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el

desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 177 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS a PORVENIR S.A diligenciado el 24 de agosto de 2005 con fecha de efectividad a partir del 1° de octubre de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 166, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, lo que manifestó fue que en esa época vivió en Barranquilla, iba a empezar a trabajar con la Universidad Simón Bolívar y cuando firmó contrato la secretaría de recursos humanos le paso unos documentos y sin darse cuenta que estaba el formato de vinculación a PORVENIR S.A lo firmó sin ningún tipo de asesoría, y luego se trasladó de esa AFP a OLD MUTUAL S.A ya que le llegaron unos informes del ISS donde se dio cuenta que en la historia laboral no habían unas semanas cotizadas y la persona de OLD MUTUAL S.A le prometió recuperarlas.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado la señora JUANA MARIA RIOS JIMENEZ asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal

afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 24 de agosto de 2005 con efectividad a partir del 1º de octubre de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, sin que el traslado entre fondos o la publicación realizada en el año 2004 tengan la entidad de sanear la nulidad, ya que la omisión en la información necesaria lo es desde la afiliación inicial.

Últimamente, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar también este punto de apelación. Al tema conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y

comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengarán entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos – artículo 14 ibidem-.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016.

Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable del recurso de apelación, las costas de esta instancia correrán a cargo de OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 2 de diciembre de 2019 por el Juzgado Cuarto (4º) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JUANA MARIA RIOS JIMENEZ en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$908.526. Las de primera

instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO

Expediente: Rad. 110013105021201900230-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia en asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de COLPENSIONES en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró **ALVARO FERNANDO CASTILLO PINILLA** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora CLAUDIA LILIANA VELA con CC No. 65.701.747 de Espinal (Tolima), y T.P. No. 123.148 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora YESBY YADITA LOPEZ RAMOS con CC No. 1.022.947.861 de Btá y T.P No. 285.844 del CSJ en los términos y para los efectos de los poderes obrantes de folios 167 a 177.

ANTECEDENTES

ALVARO FERNANDO CASTILLO PINILLA, pretende se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS efectuada por COLFONDOS S.A el día 17 de enero de 2000 y con fecha de efectividad del 1° de marzo del mismo año, ante la omisión de ese fondo del deber de informar de manera eficiente, eficaz, oportuna, integral, rigurosa, transparente, adecuada, diligente, prudente y completa, con respecto a la decisión de traslado de

régimen pensional y, en general, sobre las prestaciones económicas que obtendría en el RAIS, los riesgos, beneficios y desventajas; y como consecuencia, se condene a COLFONDOS S.A a entregar o restituir a COLPENSIONES los valores obtenidos en virtud de la vinculación como cotizaciones, con todos los rendimientos que se hubieren causado los que a la fecha ascienden a \$195.334.923 y a esta última a recibirlo como afiliado junto con los valores obtenidos mientras estuvo vinculado en el RAIS, los que a la fecha ascienden a la suma anterior, debiendo contabilizar para efectos de pensión, las semanas cotizadas en el RAIS; lo que resulte ultra y extra petita y las costas y gastos del proceso. De manera subsidiaria, solicita que se declare la ineficacia e inoperancia de los efectos del traslado realizado al RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A el día 17 de enero de 2020 y con fecha de efectividad el 1° de marzo de 2000 al no poderse predicar la existencia de consentimiento libre, voluntario e informado al momento de la vinculación a ese fondo privado demandado.

Como fundamento de sus pretensiones, en síntesis, afirmó que estuvo afiliado al ISS hoy COLPENSIONES desde el 5 de agosto de 1985; se trasladó del RPMPD al RAIS administrado por COLFONDOS S.A el día 17 de enero de 2000 con fecha de efectividad del 1° de marzo del mismo año, traslado que no se realizó de manera libre y voluntaria ya que no fue asesorado o informado por ese fondo respecto a las implicaciones sobre sus derechos pensionales, los riesgos de cambiarse al RAIS, las ventajas, desventajas o inconvenientes del régimen pensional al que se trasladaba y no le realizó proyecciones futuras de su pensión, entre otros aspectos; y elevó solicitud de nulidad de traslado a COLPENSIONES la cual le fue negada el 20 de noviembre de 2018, encontrándose actualmente encuentra vinculado y cotizando a COLFONDOS S.A. (Fls 4-16)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarles o no ser ciertos, salvo los relacionados con su vinculación al ISS, que actualmente se encuentra vinculado y cotizando a COLFONDOS S.A y la solicitud de nulidad elevada a COLPENSIONES junto con su respuesta.

COLFONDOS S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, la genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago (fls 86-108).

COLPENSIONES propuso las excepciones que denominó como: descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para

regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria y la genérica (fls 110-125)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de febrero de 2020, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado al RAIS realizado el 17 de enero de 2000 con fecha de efectividad a partir del 1° de marzo de 2000 por intermedio de COLFONDOS S.A; y en consecuencia, declarar como afiliación válida la del RPMPD; condenó a COLFONDOS S.A a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes pensionales y cotizaciones con todos sus frutos e intereses, sin deducción de gastos de administración y de traslado contenidos en la cuenta de ahorro individual para ello concedió el término de 1 mes; condenó a COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el RPMPD y a actualizar su historia laboral; declaró no probadas las excepciones propuestas por las demandadas; y condenó en costas a COLFONDOS S.A fijando como agencias en derecho la suma de \$1.200.000, sin costas en contra de COLPENSIONES.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia, la apoderada de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación con el fin de que se absuelva a su representada de las pretensiones de la demanda, al considerar que actuó de forma legal conforme a la normatividad vigente a la afiliación, ya que se realizó en el ejercicio legítimo que tenía el demandante de la libre escogencia del régimen pensional conforme el art. 13 literal B de la ley 100/1993, sin que se demostrara dentro del proceso que fue mal asesorado o informado; además el demandante está dentro de una prohibición legal toda vez que cuando solicitó el traslado al RPMPD en el año 2018 ya contaba con 62 años de edad, esto es, tenía la edad para pensionarse

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido únicamente se pronunció COLPENSIONES quien insiste en que se revoque la sentencia de primera instancia pues dentro del presente proceso obran medios de prueba documentales suficientes que llevan a determinar que el traslado se realizó de manera libre y voluntaria, la AFP suministró la totalidad de la información clara y precisa sobre los efectos jurídicos que le acarrearía dicho cambio de

régimen, no se logró demostrar ningún vicio del consentimiento, además que está inmerso en la prohibición de retornar, y se afectaría el principio de sostenibilidad financiera.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, y **ii)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (Art 66 A del CPT y SS). (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la COLFONDOS del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta

*sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 50 y 51 obran certificaciones expedidas por COLPENSIONES y COLFONDOS S.A, respectivamente que dan cuenta de la afiliación a esta última AFP llevada a cabo el 17 de enero de 2000, con efectividad el 1º de marzo del mismo año, prueba de que en principio el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien, frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación, manifestó que en el mes de enero del año 2000 tomó posesión como docente de planta de la Universidad Distrital Francisco José de Caldas, donde le exigían que debía estar afiliado a un fondo de pensiones y de cesantías, en ese momento al llevar

los trámites a la universidad un representante de COLFONDOS S.A, lo aborda y diligencian el formulario para su traslado sin recibir asesoría.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor ALVARO FERNANDO CASTILLO PINILLA asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada COLFONDOS S.A enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a dicho fondo el 17 de enero de 2000, con fecha de efectividad del 1º de marzo de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, ambas condiciones dilucidadas en la primera instancia, debiéndose por tanto ordenar su confirmación que así lo dispuso, máxime cuando la permanencia en el fondo no genera la consecuencia de validar la afiliación y menos aún el hecho de que no se hubiera trasladado cuando los fondos informaron a través de distintos medios de comunicación sobre la posibilidad de hacerlo, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al

momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión.

Por último, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, o de los parámetros fijados en la sentencia SU 062/10, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Se condenará en costas de esta instancia a COLPENSIONES por haber resultado desfavorable su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 4 de febrero de 2020 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por ÁLVARO FERNANDO CASTILLO PINILLA en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS., conforme las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en COSTAS de esta instancia a COLPENSIONES Fíjese como agencias en derecho la suma total de \$908.526.00, en favor del demandante. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105028201800332-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido en favor de la parte demandante en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **JOSÉ ELPIDIO ANGULO PRECIADO** en contra de **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS**, con la vinculación del **MINISTERIO DE HACIENDA OFICINA DE BONOS PENSIONALES**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Dra. MARÍA CAMILA BEDOYA quien obra en nombre y representación de la sociedad ARANGO GARCÍA ABOGADOS ASOCIADOS SAS y como apoderada sustituta a la Dra. ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificadas como aparece en los poderes a ellas conferidos, en los términos y para los efectos allí dispuestos (fls 295 vto. – 306).

ANTECEDENTES

JOSÉ ELPIDIO ANGULO PRECIADO, pretende que se declare la anulación de la afiliación realizada el 1º de noviembre de 1996 a COLFONDOS S.A, teniendo en cuenta que no hubo consentimiento informado sobre las consecuencias y efectos tanto favorables como nocivas de trasladarse del

RPMPD que administraba el ISS hoy COLPENSIONES hacia el RAIS que administra COLFONDOS S.A en aplicación y prevalencia del principio de favorabilidad y condición más beneficiosa en materia laboral así como en el principio de progresividad en materia de seguridad social; y en consecuencia, se le reconozca en el RPMPD la prestación de vejez a partir del 1° de mayo de 2016, condenando a COLFONDOS S.A para que el capital y los rendimientos financieros acumulados dentro del RAIS desde el 1° de noviembre de 1996 y hasta la sentencia sean trasladados al RPMPD y a COLPENSIONES a recibir dicho capital y rendimientos financieros en forma de semanas cotizadas que debe contabilizar válidamente dentro de su historia laboral, como si nunca se hubiere cambiado de régimen pensional y siempre hubiera permanecido en el RPMPD, teniendo como IBC para cada período los salarios reportados otrora en la AFP; y lo que resulte ultra y extra petita. De manera subsidiaria solicita que se reliquide la pensión de vejez que actualmente devenga dentro del RAIS teniendo en cuenta que le están pagando una pensión de vejez muy inferior a la que debería estar devengando pues la suma debió ser de al menos \$2.317.129; reintegrándole los dineros dejados de percibir entre el 1° de mayo de 2016 y la fecha en que comience a pagarse la nueva mesada pensional junto con las costas procesales.

Como fundamento de sus pretensiones, señaló, en síntesis, que nació el 24 de diciembre de 1953, se afilió al ISS el 25 de mayo de 1977 y hasta el día anterior en que realizó el traslado a la AFP COLFONDOS S.A que fue el 1° de noviembre de 1996, las funcionarias de COLFONDOS S.A le informaron que el ISS iba a entrar en bancarrota y por lo tanto dejaría a sus afiliados sin posibilidad de pensionarse en el futuro, que en el fondo de pensiones se podía pensionar a cualquier edad o que si no quería pensionarse podrá optar por la devolución del saldo que tuviera en su cuenta de ahorro individual, convenciéndolo de trasladarse de régimen accediendo a firmar el formulario de afiliación, sin informarle de manera clara, completa y por escrito las consecuencias del cambio de régimen, las ventajas y desventajas de elegirlo como administrador de sus recursos pensionales; luego de indagar descubrió que su prestación pensional era inferior a la que hubiera obtenido en COLPENSIONES, pues su pensión en el RPMPD sería de \$5.820.520 mientras que en el RAIS es de \$1.400.000 a partir del 1° de mayo de 2016 ocasionando un detrimento patrimonial por mesada pensional de \$4.420.520 que le está generando hasta ahora una pérdida de más de \$884.104.000; COLFONDOS S.A estaba en la capacidad profesional de determinar que no le convenía el RAIS debido a que tenía un bono pensional muy bajo para el año 1996 que era de \$20.669.000, además que su pensión sería superior en el ISS pues en el RAIS sólo alcanzaría a una pensión de retiro programado ocasionando que se pensionara a partir del 1° de mayo de 2016 en esta modalidad con una cuantía inicial de \$1.400.000, razón por la cual ha elevado solicitudes de traslado o retorno al RPMPD las a las demandadas siéndole negadas, es beneficiario del régimen de transición, acredita más de 1.227.41 semanas cotizadas, para determinar la mesada pensional COLFONDOS S.A calculó

mal la reserva actuarial y estimó de manera incorrecta la tasa real de rendimiento establecida para las cuentas pensionales, en la actualidad tiene un saldo de \$384.273.456 siendo un saldo superior al que se necesita para financiar una pensión como la que percibe por la AFP, el cual debería estarle pagando por lo menos \$2.317.129 en la modalidad de retiro programado, como COLFONDOS S.A le está pagando menos de lo que debe el saldo cada año lo que le ocasiona un grave daño y perjuicio por cuanto su pensión en el ISS hubiera sido al menos de \$5.820.520. (fls 5-33).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas, dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos, salvo los relacionados con la edad, su afiliación al ISS y las reclamaciones elevadas con sus respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES planteó las excepciones de prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la genérica (fls 117-121)

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS propuso las excepciones de validez de la afiliación al RAIS con COLFONDOS, buena fe, prescripción, inexistencia de la obligación en cabeza de COLFONDOS S.A, intangibilidad del bono pensional, responsabilidad del demandante en la emisión del bono pensional, compensación, cobro de lo no debido y la genérica (fls 186-196)

MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO: planteó las excepciones de inexistencia de la obligación, incumplimiento de la carga de la prueba, imposibilidad de traslado por parte de pensionados, saneamiento de los vicios del consentimiento, prescripción, anulación y reintegro, buena fe y la genérica. (Fls 254-261)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de septiembre de 2019, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar probadas las excepciones denominadas inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido imposibilidad de traslado por parte de pensionados y saneamiento de los vicios de consentimiento propuestas por las demandadas; se absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones

incoadas en su contra dentro del libelo introductor; condenó en costas al demandante señalándole como agencias en derecho la suma de \$300.000.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO solicitó la confirmación del fallo de primera instancia y en caso de no accederse que se ordene a la AFP COLFONDOS S.A a reintegrarle el valor del bono pensional tipo A modalidad 2 emitido y redimido a favor del actor, precisando que la Jurisprudencia de la CSJ ha dicho que no es dable retrotraer las cosas al estado anterior al traslado cuando quien lo peticiona ostenta el estatus de pensionado. Por su parte COLPENSIONES insistió en que no es procedente declarar que el contrato de afiliación al RAIS es nulo toda vez que se llevó a cabo de manera libre y voluntaria, recibiendo toda la información, sin que hubiera probado ningún vicio del consentimiento.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad y en caso negativo si es procedente la reliquidación de su pensión en el RAIS. .

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado

N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito de régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.***” (Negrilla fuera de texto).

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde al fondo demandado en atención al deber de información profesional, pues debe tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo, se observa que a folio 197 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por el ISS a la entonces COMPAÑIA COLOMBIANA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y DE CESANTÍAS S.A hoy COLFONDOS S.A diligenciado con fecha del 3 de septiembre de 1996, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la anotada fecha.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la parte demandante de una forma expedita, aun cuando COLPENSIONES S.A estaba obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor JOSÉ ELPIDIO ANGULO PRECIADO asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, sería del caso declarar que la afiliación realizada al RAIS el 3 de septiembre de 1996 se torna nula por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, si no fuera porque advierte este Colegiado que fue decisión expresa y clara del afiliado convalidar su decisión de permanencia en el fondo privado al punto de que solicitó y ya

le fue reconocida su prestación pensional, lo que de suyo se entiende como una situación consolidada que excluye la posibilidad de retrotraer las cosas a su estado anterior, que precisamente es lo que se buscaba con la declaratoria de nulidad de traslado.

En efecto, de acuerdo a lo informado por el propio actor en su escrito demandatorio, así como en el historial de vinculaciones (fls 198-200), las certificaciones expedidas por COLFONDOS S.A (fls 201-202) y el trámite de solicitud y reconocimiento pensional (fls 203-248), se tiene plenamente establecido en el *sub examine* que al señor JOSÉ ELPIDIO ANGULO PRECIADO le fue reconocida pensión de vejez bajo la modalidad de retiro programado desde el día 3 de mayo de 2016 en cuantía inicial de \$1.400.000, a razón de 13 mesadas anuales.

En cuanto a la imposibilidad de retrotraer las cosas al estado anterior al traslado del RPMPD al RAIS en tratándose de pensionados, la H. Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral en sentencia SL373-2021, Radicación n.º 84475 del 10 de febrero de 2021 con ponencia de la Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en lo pertinente sostuvo:

“Es un hecho acreditado que Cárdenas Gil disfruta de una pensión de vejez desde el año 2008, en la modalidad de retiro programado, a cargo de Protección S.A. Esta circunstancia conduce a la Corte a interrogarse si es posible, bajo el manto de la ineficacia de la afiliación, que el demandante pensionado del régimen de ahorro individual con solidaridad, vuelva al mismo estado en el que se encontraba antes de su traslado al RPMPD.

Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)¹, lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.

En el caso bajo examen, a Cárdenas Gil Protección S.A. le otorgó la pensión de vejez, en la modalidad de retiro programado, desde el año 2008, es decir, de manera anticipada. La pensión se financió con el bono pensional pagado el 19 de diciembre de 2008 por la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, por un monto de \$156.674.927. Estas circunstancias denotan que el demandante adquirió el estatus jurídico de pensionado de manera anticipada, prestación que a su vez fue financiada con los recursos de su cuenta de ahorro individual y el bono pensional, de manera que no es factible retrotraer tales situaciones como se pretende.

Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la

administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado.

Así las cosas, aunque el cargo el fundado, la Sala no casará la sentencia porque en sede de instancia llegaría a la misma conclusión absolutoria de alzada.”

Criterio jurisprudencial que acoge esta Sala en su integridad recogiendo así el que tenía hasta este momento respecto de las nulidades de traslado en situaciones en las que ya se ha verificado el reconocimiento pensional por parte del Fondo.

Por lo expresado se confirmara la sentencia de primera instancia que se abstuvo de declarar la nulidad del traslado de régimen del actor.

DE LA RELIQUIDACIÓN PENSIONAL EN EL RAIS

Se duele el actor del monto de la pensión que le fuera reconocida por COLFONDOS, la cual estima es inferior a la que realmente le corresponde. Sobre el particular basta precisar que no hay lugar a variar el monto de la mesada pensional reconocida, en la medida que el mismo, además de haber sido expresamente conocido y aceptado por el demandante al suscribir el contrato de administración de mesadas pensionales corresponde a la modalidad de retiro programado por él escogida, la cual de manera clara se halla detalladamente explicada en dicho contrato junto con las definiciones, las entidades que participaban en la modalidad, la descripción general de esa modalidad y los beneficios ofrecidos, entre otros, es así como el monto y pago de la mesada pensional de retiro programado se pactó en la suma de \$1.400.000, además del pago de la mesada adicional número 13, monto que como es sabido está sujeto al

comportamiento de los precios de los títulos valores o participaciones en que se encuentren invertidos los recursos de la cuenta individual, así como al riesgo de que el pensionado o sus beneficiarios viva más allá de las probabilidades estimadas en las tablas de mortalidad emitidas por la Superintendencia Financiera, posibilitando de ese modo que la mesada pensional pueda reajustarse en forma positiva o negativa e incluso conservar su valor al momento de aplicarse el reajuste por IPC como el recalcular anual, en otras palabras, su mesada pensional se calculó atendiendo su núcleo familiar, edad, expectativa de vida y beneficiarios; de ahí que al no haber sido tachada ni refutada de falso dicha documental brinde certeza de su contenido y validez.

Entonces los argumentos plasmados conducen a confirmar en su integridad la sentencia consultada.

COSTAS

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

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el día 5 de septiembre de 2019 por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, promovida por JOSÉ ELPIDIO ANGULO PRECIADO en contra de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTÍAS, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia. Se confirman las de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105018201700450-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luis Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos por las apoderadas de las demandadas en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró el señor **OMAR ANTONIO CÁCERES GUZMÁN** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar a la Dra. OLGA BIBIANA HERNANDEZ TELLEZ como apoderada de PROTECCIÓN S.A en los términos del poder obrante a folios 275 y 276, así como a la Dra. LAURA ELIZABETH GUTIERREZ ORTIZ como apoderada sustituta de COLPENSIONES según poder de folio 279, a la Dra. DANIELA PALACIO VARONA como apoderada SKANDIA de acuerdo al poder de folios 281-286, y al Dr. ALEJANDRO MIGUEL CASTELLANOS LÓPEZ como apoderado de PORVENIR S.A en los términos del poder obrante de folios 296-314.

ANTECEDENTES

OMAR ANTONIO CÁCERES GUZMÁN pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia de la afiliación realizada el 27 de diciembre de 1994 al RAIS a

través de la AFP PORVENIR S.A, así como los traslados realizados entre administradoras; y en consecuencia, se ordene a OLD MUTUAL S.A a trasladar con destino a COLPENSIONES el monto total de los aportes acreditados en la cuenta de ahorro individual; lo que resulte ultra y extra petita, las costas y agencias en derecho.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 12 de diciembre de 1955; cotizó a CAJANAL desde el 14 de septiembre de 1984 hasta el 30 de noviembre de 1994 para un total de 530 semanas; el 27 de diciembre de 1994 no recibió asesoría pero firmó el formulario de vinculación con PORVENIR S.A, el cual fue suscrito por el ejecutivo de esa AFP de nombre Julio Forero; no le informaron sobre las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el RAIS, la fecha de redención normal de su bono pensional y la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas al RAIS, entre otros aspectos; la decisión de la vinculación no estuvo precedida de la comprensión suficiente y menos del real consentimiento para adoptarla; para la entrada en vigencia de la ley 797/2003 PORVENIR S.A no le informó que podía retornar al RPMPD dentro del año siguiente sin necesidad de acreditar los 15 años de servicios; en diciembre de 2004 se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A; se encuentra vinculado a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A desde octubre de 2010; ha cotizado 1093 semanas en el RAIS; OLD MUTUAL le realizó una proyección sobre su mesada pensional entre ambos regímenes donde se observa que la cuantía en el RPMPD es superior al RAIS; y, solicitó ante COLPENSIONES la recepción de aportes pensionales en virtud de la nulidad de su afiliación al RAIS sin recibir respuesta alguna.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actor y su afiliación a cada una de ellas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES planteó las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, improcedencia de la declaratoria de nulidad del contrato de traslado pretendida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, compensación y la genérica (fls 57-66).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación (Fls 99-118).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones y la genérica (fls 164-171).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la genérica (fls 206-214).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2019 el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación del demandante a PORVENIR S.A., suscrita el 27 de diciembre de 1994 por lo que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el RPMPD; condenó a OLD MUTUAL S.A , PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A a trasladar todos los dineros ahorrados en su cuenta de ahorro individual a COLPENSIONES junto con sus rendimientos financieros y gastos de administración; ordenó a esta última a recibir los dineros ahorrados por el demandante en su cuenta de ahorro individual; declaró no probada la excepción de prescripción; condenó en costas a OLD MUTUAL S.A, PROTECCIÓN S.A y PORVENIR S.A, señaló como agencias en derecho la suma de \$700.000 valor que deberá cancelar cada una de las demandadas; y absolvió a COLPENSIONES de cada una de las pretensiones interpuestas por la parte demandante

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación para que sea revocada y en su lugar se les absuelva de las pretensiones conforme a los siguientes argumentos:

COLPENSIONES, para que se revoque la decisión respecto de los numerales 1, 2 y 3 de la sentencia dictada, en especial la orden de recibir los dineros provenientes de la AFP, pues de aceptarlos se estaría afectando el principio de la sostenibilidad financiera del sistema fundado en la igualdad y en la equidad de quienes realizan cotizaciones al RPMPD que durante un lapso determinado de tiempo han venido realizando cotizaciones a ese fondo, además que con el interrogatorio de parte se logra evidenciar que el demandante decidió permanecer en el RAIS por más de 23 años, lo cual ratificó con los traslados horizontales que realizó a las determinadas AFP y con la proyección o reasesoría que se le realizó en los años 2004, 2006 y

2007, en lo que pudo retornar al RPMPD pero decidió permanecer en RAIS conociendo sus características.

OLD MUTUAL S.A., por cuanto con las pruebas recaudadas, sobre todo el interrogatorio de parte del actor, se evidencia que éste sí conocía sobre las características y condiciones del régimen al cual se estaba afiliando, como lo eran los rendimientos, teniendo conocimiento además que cuando se afilió a ese fondo ya se encontraba incurso en la prohibición de los 10 años para retornar al RPMPD, sin que se advierta durante todos los años de afiliación ninguna censura en contra de este fondo, ni ninguna crítica en cuanto a su gestión por lo que no es dable que se ordene a trasladar gastos de administración.

PROTECCIÓN S.A., porque en este caso no se está frente a un afiliado lego, toda vez que como lo manifestó el demandante cuenta con una carrera de economista y un magíster, así que las AFP no lo indujeron a error ya que si bien al inicio de su traslado de régimen no se le realizaron las proyecciones ello obedeció a que los hechos eran futuros e inciertos, no obstante sí se realizaron con posterioridad, habiéndosele informado tres veces que podría trasladarse al RPMPD, pero en la primera oportunidad decidió quedarse en el RAIS, en la segunda aplazó la decisión y en la tercera no realizó dicho traslado, existiendo en cada formulario de afiliación una carta de validación de la asesoría dada, debiéndose tener también en cuenta los principios de legalidad y sostenibilidad financiera, no estando de acuerdo con la devolución de gastos de administración ya que el traslado se hizo conforme el art. 20 de la ley 100/1993.

PORVENIR S.A., al considerar que las consecuencias de la ineficacia tienen que ser cuando se presenta un constreñimiento para la libertad de elección del régimen pensional cosa que no se observa en este caso, donde la información otorgada fue oportuna, veraz y suficiente, lo que permitió consolidar su traslado de régimen pensional a través de PORVENIR S.A; así mismo, porque el fallo se fundamentó en la jurisprudencia de la Sala Laboral de la CSJ sin que se hiciera un estudio de las condiciones de hecho de esas sentencias de casación que no son exactamente los mismos de este proceso, pues en los casos expuestos por la CSJ se habla de beneficiarios del régimen de transición; y finalmente, en cuanto a la devolución de gastos de administración y los rendimientos financieros estima que tal decisión dejaría al demandante en una situación más favorable a lo que se encontraría en caso tal de estar en el RPMPD, reiterando que el mismo tenía conocimiento pleno al punto de que ratificó su voluntad de pertenecer al RAIS.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido PROTECCIÓN S.A., señaló que todas sus actuaciones siempre han estado precedidas por la buena fe y la legalidad y por ello sus afiliados lo han hecho de forma libre y voluntaria como en el

caso del actor quien permaneció en el RAIS por su voluntad por lo que no hay lugar a ordenar la ineficacia del traslado como tampoco la devolución de gastos de administración. Entre tanto COLPENSIONES precisó que el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, no probó ningún vicio en el consentimiento, suscribió el formulario de afiliación que da cuenta de la información brindada y no hizo uso de la facultad de retracto. A su vez, SKANDIA insistió en la revocatoria integral del fallo de primera instancia por cuanto no se configuraron los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional porque firmó el formulario de manera libre, voluntaria y consiente, no se desanimó de permanecer en el RAIS luego de las asesorías brindadas, no tenía el fondo la obligación de entregar cálculos y el actor contaba con las capacidades y condiciones para conocer las implicaciones de su decisión, no siendo procedente la devolución de gastos de administración y prima de seguro previsional. Finalmente PORVENIR S.A., insistió que en este caso no se acreditó la existencia de ningún vicio del consentimiento, habiendo suscrito la demandante formulario de afiliación de manera libre, voluntaria y sin presiones habiéndole brindado ese fondo la posibilidad de cambiar de régimen como así lo hizo saber en publicación del año 2004 en el diario el Tiempo, y en todo caso no se le deben imponer cargas que no tiene que soportar, sin que haya lugar a la devolución de gastos de administración por no corresponder a valores que pertenezcan a los afiliados en ninguno de los dos regímenes.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si tanto el formulario de afiliación firmado por el demandante como su interrogatorio de parte fueron debidamente valorados determinando si con ellos se debió tener por probado que recibió la información adecuada al momento del traslado y que por su calidad de profesional debía conocer, **iii)** si la permanencia en el RAIS por más de 23 años y el traslado entre fondos sanea la nulidad del traslado de régimen, **iv)** si el demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD, **v)** si los fondos OLD MUTUAL S.A., PORVENIR S.A y PROTECCIÓN están obligados a la devolución de los gastos de administración recibidos por causa de la afiliación a ellos realizada, y **vi)** si la declaratoria de nulidad y la orden de regresar al RPMPD administrado por COLPENSIONES afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL

CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada.***

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello los administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como***

erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.»

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 217 obra copia del formulario de solicitud de vinculación y traslado del régimen de prima media administrado por CAJANAL (cuyas obligaciones con sus afiliados hoy son asumidas por COLPENSIONES)¹, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A diligenciado el 27 de diciembre de 1994, con fecha de efectividad del 1° de enero de 1995, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta en la

¹ El artículo 52 de la Ley 100 de 1993 asignó al Instituto de los Seguros Sociales ISS, la competencia general para la administración del régimen de Prima Media con Prestación Definida y prohibió la creación de nuevas cajas, fondos o entidades de previsión o de seguridad social, nacionales y territoriales; de igual manera, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: “*respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan*”, sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De tal modo, la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida, respecto de sus afiliados; pero quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPM, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social cuya liquidación se ordenare y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al Instituto de Seguros Sociales ISS, hoy COLPENSIONES. Por otra parte, el Decreto 2196 del 12 de junio de 2009 ordenó la supresión y liquidación de la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL EICE y el artículo 4 de esta preceptiva ordenó el traslado de sus afiliados, al Instituto de Seguros Sociales ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia del decreto en mención, haciéndose efectivo el traslado se hizo efectivo en el mes de julio de 2009.

anotada fecha, lo cual también se corrobora con el historial de vinculaciones elaborado por Asofondos (fl 218). Igualmente se recibió el interrogatorio de parte del demandante quien indicó que es economista y en cuanto a las condiciones de tiempo, modo y lugar en las que se trasladó a PORVENIR S.A, lo que manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, fue que se encontraba trabajando en la Contraloría General de la República y en esa época liquidaron CAJANAL por lo que debía decidir si trasladarse a el RAIS o al RPMPD, allí le dieron un formulario lo diligenció y se afilió a PORVENIR S.A fondo cuya información suministrada se limitó a los rendimientos financieros y el cambio de portafolio, y si bien se trasladó entre las AFP ello fue porque el servicio iba a ser mejor y conocía al asesor lo cual le generó confianza, sin realizar aportes voluntarios, además la razón por la cual no retorno al RPMPD fue porque los asesores de las AFP decían que el ISS se iba acabar, aceptando que 10 años antes de la prohibición de trasladarse al RPMPD le hicieron una comparación de tres escenarios de la pensión que tendría.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó al demandante de una forma expedita, aun cuando estaba PORVENIR S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado al señor OMAR ANTONIO CÁCERES GUZMÁN asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, de ahí que sea procedente, inclusive, la restitución de los gastos de administración.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que resulta insuficiente para efectos de acreditar la información a él suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se

ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así mismo, en cuanto a la reasesoría pensional que hubiere podido proporcionársele al demandante, es de decir que no genera la consecuencia de validar la afiliación, en la medida que la información completa y veraz que el afiliado requería debió serlo al momento de la afiliación para que se le permitiera conscientemente optar por la mejor decisión, como así lo ha reiterado la CSJ en diversas ocasiones, entre ellas, en la sentencia SL1688-2019 del 8 de mayo de 2019, con radicado 664381, M.P.Clara Cecilia Dueñas Quevedo cuando reflexionó que "... la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato sólo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información".

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPM, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a PORVENIR S.A el 27 de diciembre de 1994 con efectividad a partir del 1º de enero de 1995, se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS por más de 23 años y su condición de profesional -economista-, genere la consecuencia de validar la afiliación, puesto que la oportunidad de la información, se insiste, se juzga al momento del acto jurídico del traslado, y no con posterioridad, ya que como es sabido, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro, siendo relevante un dato sólo si es oportuno.

A lo anterior se suma la imposibilidad de que las diferentes afiliaciones que una persona realice con los fondos de pensiones privados dentro del régimen de ahorro individual, como aquí aconteció respecto de PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A y OLD MUTUAL S.A, sanee la nulidad de la afiliación inicial, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena recordar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) 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.”*

Continuando con lo que es tema de apelación, en cuanto a la condena por la devolución de gastos de administración, igualmente se confirmará, toda vez que la principal consecuencia de la declaratoria de la ineficacia del traslado se contrae a negarle efecto al mismo, bajo la ficción de que nunca ocurrió, esto es, entendiendo que nunca se produjo el cambio al sistema privado de pensiones, lo que comporta que además del traslado de los dineros y rendimientos a COLPENSIONES se deben devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, como quiera sin el surgimiento del acto ineficaz, dichos recursos habrían ingresado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, reflexión que por tanto conduce a desestimar este punto de apelación de los fondos demandados. En tal sentido conveniente resulta traer a colación lo decidido por la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia con radicado 78667 del 29 de julio de 2020 Magistrado ponente Dra. Clara Cecilia Dueñas de Quevedo en la que frente a las consecuencias de las restituciones mutuas suplidas con ocasión de la declaratoria de nulidad de traslado señala:

“Conforme lo anterior, la Corte debe dilucidar si el Tribunal incurrió en un yerro al asentar que las administradoras de pensiones privadas, además de devolver a Colpensiones la totalidad de las cotizaciones depositadas en la cuenta de ahorro individual del accionante, también deben retornar los valores que cobraron por concepto de cuotas de administración y comisiones, así como los aportes que aquel realizó al fondo de garantía de pensión mínima.

(...)

De modo que, a juicio de la Corte, si bien no se pueden desconocer las reglas para las restituciones mutuas contempladas en el artículo 1746 del Código Civil, lo trascendente en la declaratoria de ineficacia de un acto jurídico es el restablecimiento de la legalidad que impone la eliminación de los efectos del acto configurado contrario a derecho y permitir, cuando las circunstancias así lo posibiliten, retrotraer las cosas al estado en que estaban como si el negocio no se hubiere celebrado.

En el sub lite, la devolución de todos los recursos acumulados en la cuenta de ahorro individual en el RAIS debe ser plena y con efectos retroactivos, porque los mismos serán utilizados para la financiación de la pensión de vejez a que tiene derecho el demandante en el régimen de prima media con prestación definida. Ello incluye el reintegro a Colpensiones de los valores que cobraron los fondos privados a título de cuotas de administración y comisiones, incluidos los aportes para garantía de pensión mínima, pues será aquella entidad la encargada del manejo de esos recursos y del reconocimiento del derecho pensional.

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal.

(...)

De modo que, en este caso, la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional deben asumirla todas las entidades del régimen de ahorro individual a las que estuvo vinculado el actor, sin importar si tuvieron o no injerencia, o si participaron o no en el cambio de régimen pensional. Y aún en el evento de que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. se consideren terceros, le asiste razón al actor en cuanto afirma en su oposición que, en dicha situación, es aplicable el artículo 1748 del Código Civil. En consecuencia, las AFP deben reintegrar los valores que recibieron a título de cuotas de administración y comisiones.

En cuanto a los aportes para financiar la garantía de pensión mínima, es oportuno señalar que el artículo 14 de la Ley 797 de 2003 estableció aportes adicionales sobre el ingreso base de cotización con destino al fondo de solidaridad pensional para financiar la garantía de pensión mínima, para quienes devengaran entre 4 y 16 a 20 salarios mínimos legales mensuales, así como un fondo para el manejo de los mismos –artículo 14 ibidem–.

Pues bien, dicho artículo fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional, a través de sentencia C-797-2004, pero quedaron vigentes los aportes adicionales, de modo que dichos recursos los manejan las administradoras de pensiones privadas, en una subcuenta separada hasta que se cree de nuevo un fondo similar que se encargue de su administración; de hecho, de la subcuenta de cada AFP se financian aquellas prestaciones. Así lo regula el artículo 8.º del Decreto 510 de 2003, hoy compilado en el artículo 2.2.5.3.4 del Decreto 1833 de 2016. Además, el artículo 7.º del Decreto 3995 de 2008 contempla que cuando se efectúe un traslado de recursos del RAIS al régimen de prima media con prestación definida, debe incluirse la cotización correspondiente para la garantía de pensión mínima.

Así, es claro que no le asiste razón al recurrente cuando refiere que «las sumas depositadas en el fondo de garantía mínima no están en su poder», debido a que el recaudo y manejo de las sumas destinadas al fondo de garantía mínima en el RAIS, en la actualidad, está a cargo de las administradoras de pensiones.

Conforme lo anterior, el Tribunal acertó en cuanto estableció que los fondos privados accionados deben retornar a Colpensiones la totalidad de los valores recibidos por concepto de «aportes, frutos, rendimientos financieros y bonos pensionales que se encuentran en la cuenta de ahorro individual», sin descontar valor alguno por «cuotas de administración, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima».

(...)

Asimismo, la decisión que se controvierte en casación tampoco lesiona el principio de sostenibilidad fiscal del sistema general de pensiones, puesto que los recursos que deben reintegrar los fondos privados accionados a Colpensiones serán utilizados para el reconocimiento del derecho pensional, con base en las

reglas del régimen de prima media con prestación definida, lo que descarta la posibilidad de que se generen erogaciones no previstas.”

De otra parte, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de retornar al RPMPD con el argumento de estar incurso en la prohibición contemplada en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, modificado por artículo 2 de la Ley 797 de 2003, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho argumento.

Finalmente, ninguna afectación al sistema financiero puede invocar COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A por la orden de recibir nuevamente al demandante en el RPMPD por él administrado, con ocasión a la declaratoria de la nulidad de su traslado al RAIS, por la potísima razón que la sostenibilidad se halla garantizada con la orden que al mismo tiempo se emite en el sentido de devolverle la totalidad de aportes girados al fondo por concepto de cotizaciones a pensión junto con los rendimientos financieros causados. Recuérdese que el principio de sostenibilidad financiera representa la garantía del derecho fundamental a la pensión de manera sostenida.

Basta lo hasta aquí expuesto para confirmar la sentencia de primera instancia.

COSTAS

Dado el resultado desfavorable de los recursos de apelación las costas en esta instancia correrán a cargo de las recurrentes. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 19 de noviembre de 2019 por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por OMAR ANTONIO CÁCERES GUZMÁN en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

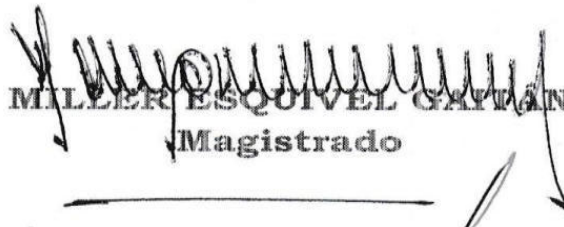
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A. hoy SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A y PROTECCIÓN PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., Fijese como agencias en derecho a cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL CATTAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105031201900553-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra la sentencia de primera instancia proferida el 22 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **ADRIANA FAJARDO HOYOS** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**; no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la doctora MARÍA CAMILA BEDOYA GARCÍA con CC No. 1.037.639.320 de Envigado, y T.P. No. 288.820 del CSJ y como apoderada sustituta a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES con CC No. 37627008 de Puente Nacional – Santander y T.P No. 221.228 del CSJ, en los términos y para los efectos de los poderes otorgados obrantes de folios 242 vto - 252.

ANTECEDENTES

ADRIANA FAJARDO HOYOS, pretende que previa declaratoria de la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS administrado por PROTECCIÓN S.A realizado el 28 de junio de 1999, y que para efectos pensionales continúa afiliada al RPMPD que es administrado por COLPENSIONES; se ordene a PROTECCIÓN S.A a devolver a COLPENSIONES los saldos con todos sus frutos e intereses y con los rendimientos que hubiere causado, entidad esta última que a su vez deberá recibir los anteriores valores previa verificación satisfactoria de la integridad de los aportes efectuados

al RAIS sin que la AFP deduzca costo administrativo o del fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, procediendo además a la actualización de la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de los aportes que efectúe el RAIS para que se vean reflejadas en la totalidad de las semanas cotizadas; condenando a las demandadas al pago de las costas del proceso. De manera subsidiaria solicita que se declare que no dejó de estar afiliada al RPMPD y en caso de que las demandadas se opongan a las pretensiones principales sean condenadas a reconocer y pagar la pensión de vejez en los términos establecidos en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 y demás normas concordantes.

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 25 de septiembre de 1963; se afilió y cotizó al ISS desde el 17 de julio de 1989; los asesores de COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A en el año de 1999 acudieron debidamente autorizados a la empresa en la que laboraba con el propósito de adelantar afiliaciones y traslados al RAIS, quienes le brindaron una asesoría deficiente y sesgada motivada por las exigentes metas de clientes que debían cumplir en el área comercial de la AFP; omitiendo generar datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión de vejez ante el RAIS de cara con las condiciones más favorables con relación al RPMPD; la afiliación fue realizada el 28 de junio de 1999; la omisión de PROTECCIÓN S.A de informar correctamente todo sobre el traslado de régimen trajo consigo un detrimento en el valor de la futura pensión en comparación con el valor en el RPMPD y el RAIS; la asesora le manifestó que el ISS iba a desaparecer, que se podría pensionar a cualquier edad en el RAIS y en mejores condiciones económicas que en el RPMPD, que su pensión sería superior a la que iba a percibir en el ISS, entre otros aspectos; pero no le informó sobre las diferencias entre ambos regímenes, ni le realizó proyecciones del monto de su pensión, de ahí que al no haberse efectuado de manera libre, consciente, espontánea, voluntaria y suficientemente informada por parte de la asesora de PROTECCIÓN S.A considera que es ineficaz; ha elevado solicitudes a las demandadas reclamando información y documentación siendo contestadas oportunamente; PROTECCIÓN S.A le realizó una proyección donde arroja una desproporción del valor en más de \$1.837.743 quedando establecido que es más beneficioso estar en el RPMPD; y no le informaron sobre la posibilidad de retornar a COLPENSIONES. (Fls 2-26)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la fecha de nacimiento, su afiliación y las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPMPD, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica (fls 69-86).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.,

propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, falta del juramento estimatorio y de perjuicios como requisito procesal, la genérica, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa. (Fls 173-187 vto).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de enero de 2020 el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió absolver la totalidad de las pretensiones incoadas por la demandante a las demandadas y condenó en costas y agencias en derecho a la parte actora en cuantía de medio SMLMV.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión de primera instancia la apoderada de la parte demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque en su integridad y en su lugar se acceda a las pretensiones, pues en el momento de la afiliación no hubo una asesoría debidamente informada al punto de que no se le hicieron unas proyecciones, y si bien es cierto la jurisprudencia habla de los presupuestos que tienen las personas para pensionarse la misma también se puede aplicar en el presente caso toda vez que a la señora no se le informó el día de la afiliación sobre el futuro de su pensión y la prueba aportada de las proyecciones expedidas por la misma AFP da cuenta que es una mesada inferior a la que realmente quisieron ofrecer cuando la afiliaron.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido COLPENSIONES insistió en la revocatoria

del fallo de primera instancia porque la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la ley 797 de 2003, aunado a que no contaba con una expectativa legítima de pensión al momento de su traslado y no probó el vicio en el consentimiento. Entre tanto, la actora insistió en la prosperidad de su recurso en el sentido de que debe ser revocada la sentencia de primera instancia ya que el juez no tuvo en cuenta que el fondo demandado no cumplió con su carga probatoria de demostrar que le brindó la información completa y clara a la demandante al momento de su traslado de régimen, sin que el formulario pueda considerarse por sí sólo como prueba suficiente.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo previsto la Sala estudiará lo pretendido en su integridad. Por tal razón, se analizará si hay lugar a declarar la nulidad de la vinculación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, con especial énfasis en el deber de información y la carga de la prueba respecto al mismo, en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han

sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los***

parámetros de libertad informada.

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el tener o no una expectativa legítima para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba

acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folio 192 obra copia del formulario de vinculación y traslado del Régimen de Prima Media administrado por el ISS a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., diligenciado el 28 de junio de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1º de agosto de ese año, lo cual igualmente se corrobora con el certificado expedido por Asofondos que consta a folio 193, pruebas que en principio son concretas en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora ADRIANA FAJARDO HOYOS asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los

términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a CESANTÍAS Y PENSIONES COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A diligenciado el 28 de junio de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1º de agosto de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto.

DEL FENÓMENO DE LA PRESCRIPCIÓN

Por último, debe tenerse en cuenta que no puede aplicarse el fenómeno prescriptivo contemplado en el artículo 151 del C.P.T. y de la S.S., pues los efectos de la nulidad precisamente revierten los efectos del traslado,teniéndose como si nunca hubiese ocurrido tal acción. Aunado a ello, no debe olvidarse que dichos aportes realizados al RAIS son para sufragar a futuro una prestación pensional, la cual se encuentra revestida por la característica de la imprescriptibilidad.

COSTAS

Se condenará en costas de esta instancia a PROTECCIÓN S.A. Se REVOCAN las de primera instancia, las cuales deberán estar a cargo de esta demandada.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 22 de enero de 2020 por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de la demanda promovida por ADRIANA FAJARDO HOYOS en contra de LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y LA

SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR LA NULIDAD de la afiliación que efectuó la demandante ADRIANA FAJARDO HOYOS a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, el 28 de junio de 1999 con fecha de efectividad a partir del 1º de agosto de ese año, correspondiente al traslado de régimen proveniente del ISS.

TERCERO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales con todos sus frutos e intereses, y los rendimientos que se hubieren causado con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, incluidos los gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a recibir y aceptar el traslado de cotizaciones y rendimientos, como consecuencia de la declaratoria de nulidad surtida en esta instancia judicial y a validar la afiliación del demandante al régimen de prima media con prestación definida.

QUINTO: CONDENAR en COSTAS a PROTECCIÓN S.A. Fíjese como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$908.526.00 en favor de la parte demandante. Se REVOCAN las de primera instancia las cuales deberán estar a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. Tásense.

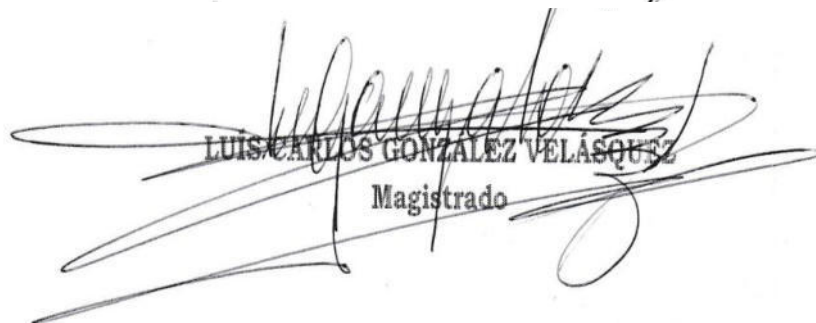
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado


MILLER ESQUIVEL GAITÁN
Magistrado


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA
Magistrado ponente

AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO
Expediente: Rad. 110013105007201800631-01

En Bogotá D.C., hoy treinta y uno (31) de mayo de 2021, fecha y hora previamente señalada en auto anterior, el suscrito se constituye en audiencia pública con el fin de proferir sentencia, con asocio de los Doctores Miller Esquivel Gaitán y Luís Carlos González Velásquez.

TEMA: Nulidad de traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad – afiliación en régimen de prima media.

SENTENCIA

Procede el Tribunal a resolver los recursos de apelación interpuestos tanto por la parte demandante como por las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A en contra de la sentencia de primera instancia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que instauró la señora **AIDA MARIA MARTINEZ SALAZAR** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A;** no sin antes reconocer personería adjetiva para actuar como apoderada principal de COLPENSIONES a la Doctora CLAUDIA LILIANA VELA y como apoderada sustituta a la Doctora DIANA MARÍA VARGAS JEREZ en los términos y para los efectos de los poderes a ellas otorgados obrantes a folios 309 y 311-313. De igual forma se incorpora la escritura pública de folios 318-321 y los certificados de existencia y representación legal de folios 322 a 339 que dan cuenta de la representación del Doctor CARLOS AUGUSTO SUAREZ PINZÓN como apoderado de SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. Así mismo se reconoce personería para actuar como apoderada de PORVENIR S.A., a la Doctora JOHANA ALEXANDRA DUARTE HERRERA en los términos del poder obrante de folios 343 A 349.

ANTECEDENTES

AIDA MARIA MARTINEZ SALAZAR, promueve demanda ordinaria laboral en contra de COLPENSIONES, PORVENIR S.A y OLD MUTUAL S.A., para que previa declaratoria de que su traslado y afiliación a éstos dos fondos es nulo y/o ineficaz por estar viciado el consentimiento por error, dolo y por falta de información, manteniéndose por tanto vigente la vinculación con COLPENSIONES, lo cual le permite que se reliquide su pensión de vejez con aplicación del régimen de transición previsto en el art 36 de la ley 100/1993; se condene a este último esta última a dicha reliquidación a partir de 1° de noviembre de 2012, cancelando las sumas de manera indexada, junto con los intereses moratorios establecidos en el art. 141 de la ley 100/1993, respecto de los valores causados por concepto de reliquidación de su pensión; debiendo las demandadas pagar los perjuicios morales; lo que resulte ultra y extra petita y las costas

Como fundamento de sus pretensiones relató, en síntesis, que nació el 15 de septiembre de 1952; cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 28 de febrero de 1977 hasta el 28 de febrero de 2011; para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; se trasladó el día 15 de febrero de 2000 del RPMPD al RAIS administrado por SKANDIA hoy OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS bajo falsas promesas ya que el asesor de SKANDIA le informó que tendría una pensión mucho mejor que la que le reconocería el RPMPD sin explicarle cómo se podía pensionar sino simplemente que sería a la edad que quisiera mientras que en el ISS tendría que esperar a cumplir 55 o 57 años de edad, que el ISS iba a desaparecer, sin mencionarle las desventajas del traslado, que perdería el derecho a ser beneficiaria del régimen de transición, la posibilidad de traslado nuevamente al RPMPD entre el 29 de enero de 2003 y el 29 de enero de 2004; el 19 de febrero de 2003 se trasladó a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A; una vez acreditados los requisitos pensionales indagó sobre su pensión siendo informada que la que se le reconocería era tan baja que incluso pondría en riesgo su mínimo vital y que ya no podía regresar a su anterior administradora; por lo anterior presentó tutela en la que se ordenó al ISS autorizar su traslado, administradora de pensiones que finalmente le reconoció pensión de vejez en cuantía inicial de \$699.118 a partir del 1° de noviembre de 2012; acto frente al que elevó solicitud de reliquidación en aplicación del régimen de transición así como el pago retroactivo y los intereses moratorios, siéndole reliquidada de manera parcial pues debido traslado al RAIS se le negó el beneficio de la transición; y respecto a la solicitud de nulidad del traslado presentada ante OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A tal fondo le indicó que no encuentra en sus archivos el formulario de afiliación, no obstante le adjuntó certificación de afiliación de la misma fecha; su mesada pensional se liquidó con una tasa de reemplazo del 72,06% del IBL, acreditando 1340 semanas de cotización, con lo cual tendría derecho a una mesada pensional con aplicación del 90% del IBL. (Fls 4-18)

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificadas en legal forma las demandadas dieron contestación en término oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, frente a los hechos en su mayoría manifestaron no constarle o no ser ciertos salvo los relacionados con la edad del actora, su afiliación a SKANDIA, radicado y fallo de la acción de tutela, resolución GNR 7506 del 17 de noviembre de 2012 y las solicitudes a ellas elevadas con sus respectivas respuestas.

LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES

planteó las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas a instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la genérica (fls 96-118).

LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD

MUTUAL S.A. propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad y cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación. (Fls 138-166).

LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y

CESANTÍAS PORVENIR S.A propuso las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe; prescripción de las obligaciones de tracto sucesivo, la genérica, inexistencia de algún vicio del consentimiento al haber tramitado el demandante formulario de vinculación al fondo de pensiones y la debida asesoría del fondo. (fls 195-201)

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de febrero de 2020, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió declarar la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la demandante con el fondo SKANDIA el 14 de febrero de 2000 y, en consecuencia, la posterior afiliación de ésta a HORIZONTE hoy PORVENIR S.A contenida en el formulario No. 7625107 de fecha 25 de enero de 2001; por lo anterior declaró que la afiliación de la demandante a COLPENSIONES es sin solución de continuidad y por tanto mantiene el régimen de transición que la beneficia; declaró que la misma cumple con las condiciones del art. 36 de la ley 100/1993 y del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a la pensión de vejez; condenó a COLPENSIONES a reconocer, reliquidar y pagar a favor de la accionante la pensión de vejez bajo los apremios del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el decreto 758 de 1990 en el SMLMV a partir del 1° de marzo de 2011 en cuantía de \$875.508; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES respecto de las mesadas causadas antes del 8 de octubre de 2015; condenó a COLPENSIONES a reconocer y a pagar a favor de la

demandante el retroactivo de las diferencias de mesadas pensionales causadas entre el 8 de octubre de 2015 en adelante, suma que a 28 de febrero de 2020 equivale a \$25.151.717; y a partir del 1° de febrero de 2020 deberá reconocerle una mesada pensional equivalente a \$1.237.431, suma que deberá incrementarse año a año según la variación porcentual del IPC certificado por el DANE para el año inmediatamente anterior; declaró no probadas las excepciones presentadas por COLPENSIONES, OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS y PORVENIR S.A respecto a la ineficacia del traslado; y condenó en costas a los fondos demandados y a favor de la demandante tasando como agencias en derecho la suma de 2 SMMLV al momento del pago a cargo de cada uno de los fondos.

RECURSOS DE APELACIÓN

Inconformes con la decisión de primera instancia COLPENSIONES, PORVENIR S.A y la parte demandante interpusieron recursos de apelación los cuales sustentaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES, con el fin de que se revoque y en su lugar se le absuelva de todas las pretensiones, teniendo en cuenta que la accionante se encontraba afiliada al RAIS administrado por SKANDIA hoy OLD MUTUAL retornando al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES, por lo que era necesario establecer si conservó o no el régimen de transición conforme los lineamientos de las sentencias SU 062 de 2010, 789 del 2002, C-1024 de 2004 y 130 de 2013, ya que algunas personas perdieron el beneficio del régimen de transición sin posibilidad de recuperarlo ni retornando nuevamente al RPMPD, como quien se traslada al RAIS y no cumplió los 15 años de servicios cotizados al momento de entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones, que es el caso de la demandante, pues para el 1° de abril de 1994 contaba únicamente con 590 semanas. Y en relación con la declaratoria de nulidad y afiliación del RAIS a través de la administradora SKANDIA la cual fue efectuada el 1° de abril de 2000, aunque no existe prueba de la información suministrada a la demandante, ello no quiere decir que no se le hubiere brindado ya que las obligaciones se dejan documentadas habiendo ella de manera libre, espontánea y voluntaria ejercido su derecho de libre albedrío cuando tomó la decisión de trasladarse del RPMPD al RAIS dando como resultado la pérdida del régimen de transición.

PORVENIR S.A., para que se revoque considerando que el traslado del régimen pensional y la afiliación de la demandante a PORVENIR S.A obedeció a una decisión libre, espontánea, sin presiones e informada de manera verbal, en donde se le indicaron todas las características y condiciones propias del RAIS tal y como ésta lo aceptó al absolver el interrogatorio, quedando probada la decisión de la afiliación y el posterior traslado que hizo a la AFP OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A a HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy PORVENIR S.A., cumpliendo al momento de la afiliación con todos los requisitos exigidos por

las normas vigentes pues recibió información suficiente y suscribió formulario de solicitud de vinculación; adicionalmente no puede pasarse por alto la decisión de ratificación realizada por la demandante del traslado horizontal realizado por la AFP HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hecho que ha sido reconocido por la jurisprudencia de la sala de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral como acto de razonamiento de la voluntad del afiliado en mantenerse en alguno de los dos regímenes pensionales, teniendo la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de la firma, sin que el desconocimiento de la ley genere un vicio del consentimiento y, respecto a la aplicación del régimen de transición al 1° de abril de 1994 la demandante acreditó solo 590 semanas motivo por el cual no es beneficiaria del mismo.

PARTE DEMANDANTE., para que se modifique la sentencia en lo atinente al IBL, el retroactivo y los intereses moratorios, pues COLPENSIONES en la Resolución GNR 61673 del 28 de febrero de 2017 determinó un IBL de \$1.154.404 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 72%, y como aquí, con ocasión de la ineficacia del traslado de régimen, se declaró que la demandante tiene derecho al régimen de transición, el porcentaje que le correspondía es del 90% del IBL según el Acuerdo 049 de 1990, además que el derecho al disfrute de dicha reliquidación conforme la referida Resolución es desde el 3 de febrero de 2014, fecha que es anterior a la señalada por el Honorable Juez, por lo que la prescripción será a partir de esa fecha. De otra parte, debe accederse a los intereses moratorios toda vez que se ha recibido una mesada pensional inferior a la que le correspondía por régimen de transición.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro del término concedido la parte actora insistió en la procedencia de la declaratoria de la nulidad del traslado de régimen ante la falta al deber de información por el fondo al momento del mismo, perjudicando de manera grave sus derechos pensionales debiéndose modificar la sentencia únicamente en cuanto al monto de la reliquidación, el retroactivo y el reconocimiento y pago de los intereses moratorios. Entre tanto, COLPENSIONES resalta que la demandante no es beneficiaria del régimen de transición por cuanto perdió el mismo cuando se trasladó válidamente al RAIS, ello si se tiene en cuenta que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 no contaba con más de 15 años de servicios cotizados. A su vez, SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS S.A., reiteró su petición de revocatoria de la sentencia impugnada porque la accionante no es beneficiaria del régimen de transición ya que tal y como quedó expresado en el formulario de afiliación, su traslado al RAIS se hizo de manera libre y consiente cumpliendo ese fondo con todas sus obligaciones. Finalmente, PORVENIR S.A., pidió revocar en su integridad el fallo de primera instancia al no configurarse los presupuestos de la nulidad del traslado de régimen, el cual se realizó de manera, libre, voluntaria y consciente, realizando el juzgador una apreciación errónea del deber de

información.

No observándose causal de nulidad que invalide lo actuado se procede a resolver la alzada previa las siguientes...

CONSIDERACIONES

La Sala estudiará lo pretendido, en particular **i)** lo relacionado con el deber de información al momento del traslado del régimen y quien soportaba la carga de la prueba de haber brindado la misma, **ii)** si el formulario es prueba suficiente de la información brindada y la aceptación del traslado de régimen, **iii)** si era presupuesto para la declaratoria de la nulidad contar con el beneficio del régimen de transición, **iv)** si la permanencia en el RAIS y el traslado entre fondos sana la nulidad del traslado de régimen, **v)** si la demandante está inmerso en la prohibición de retornar al RPMPD conservando los beneficios del régimen de transición, y **vi)** si hay lugar a modificar el monto de la primera mesada pensional de la demandante fijado por el Aquo, así como la fecha de reconocimiento y a ordenar el pago de los intereses moratorios. Lo anterior en virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

DE LA NULIDAD DEL TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD.

La seguridad social es un servicio público y un derecho irrenunciable, que encuentra fundamento en el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, de donde se desprende la protección del derecho que tiene toda persona a la seguridad social.

Ahora bien, el Legislador en la Ley 100 de 1993 estableció dos regímenes de pensiones, estos son, el régimen de prima media con prestación definida y el régimen de ahorro individual con solidaridad, y aunque la afiliación a uno de estos dos regímenes es obligatoria, la selección de uno de los dos sistemas es libre, siendo que una vez hecha la selección el afiliado tiene la posibilidad de poder trasladarse de un régimen pensional a otro, siempre y cuando se cumplan las condiciones establecidas en el literal e del artículo 13 de la norma en cita.

A su vez, el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, establece como requisito para el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual con solidaridad, **la presentación de comunicación escrita en la que conste que la selección de dicho régimen ha sido tomada de manera libre, espontánea y sin presiones.** Comunicación cuyas características han sido objeto de toda una línea jurisprudencial en la que se ha decantado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral que es dable declarar la nulidad del traslado de régimen pensional cuando se ha verificado la falta de

información al afiliado al momento de realizar dicho traslado, sentencias entre las que vale la pena traer a colación por ejemplo el expediente No. 31989 del 9 de septiembre de 2008, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, en la que al respecto indicó:

*“las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad, pues la elección del régimen pensional, depende del simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, **entonces la administradora tiene el deber de un buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aun a llegar, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica, si ese fuera el caso**”.* (Negrilla fuera de texto)

Criterio ratificado en las sentencias con radicado 33083 del 22 de noviembre de 2011 M.P. Dra. Elsy del Pilar y radicados 31314 del 9 de noviembre de 2008 y 31988 de 2008, en las que se establece de manera clara la obligación de los fondos de pensiones al momento de la afiliación consistente en el deber de proporcionar información completa, adecuada, suficiente, cierta y comprensible al ciudadano de todas las etapas de dicho proceso, desde la afiliación hasta el disfrute de la pensión, incluso derivaciones o que se genere con posterioridad al disfrute del mismo como es el caso de sus eventuales beneficiarios.

De ahí que se falta al deber de información cuando la entidad guarda silencio, esto es, omite indicar al posible afiliado los aspectos benéficos, sus condiciones particulares sobre cada sistema, situaciones que deben influir en la toma de decisión del cambio de régimen de prima media al régimen de ahorro individual, precisamente, en razón a la naturaleza de las administradoras pensionales en cuanto a su carácter profesional, ello de conformidad a lo previsto en el Decreto 656 de 1994 y el artículo 97 de la Ley 100 de 1993, ordenamiento legal que se encontraba vigente al momento de la afiliación del actor.

Sobre el particular, en sentencia del 3 de septiembre de 2014 con radicado N.º 46292, M.P. Elsy del Pilar Cuello Calderón, puntualizó:

*“En perspectiva del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, es imperativo para el Juez que deba resolver sobre la viabilidad o no de la aplicación del régimen de transición, ante la existencia del traslado, **no simplemente verificar los requisitos atrás descritos, sino además dar cuenta sobre si el mismo se realizó bajo los parámetros de libertad informada**.*

Una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos de tránsito del régimen son indicativos de que la decisión no estuvo precedida de la

comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla.

*En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1º de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, **si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales.*** (Negrilla fuera de texto).

De otra parte, conviene resaltar que el beneficio del régimen de transición para dar aplicación a la nulidad del traslado del régimen no ha sido contemplada como requisito indispensable, tal como así lo precisó la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en fallo de tutela con radicado No. 110013105028201300626-01, proferido el 18 de julio de 2017 por el H. Magistrado Ponente Dr. Fernando Castillo Cadena, cuando analizó si era requisito ser beneficiario del régimen de transición para solicitar la nulidad del traslado, pues independientemente de ello las administradores de los fondos privados en pensiones, se encuentran en la obligación de llevar a cabo un traslado debidamente informado, de lo contrario se violaría el derecho fundamental a la igualdad respecto de los afiliados, es así como en la dicha providencia se expuso:

*“Sin embargo, es pertinente anotar, que la providencia citada por el Tribunal, aunque en efecto versó sobre la nulidad del traslado, en ese caso particular la aspiración principal era precisamente obtener «la declaratoria de que no perdió el régimen de transición del artículo 36 de la Ley 100 de 1993», lo que hace sustancialmente disímil dicho asunto al que fue puesto en conocimiento del colegiado; en tal medida, **no resulta ortodoxo considerar, como erradamente lo hizo esa Corporación, que siempre que se solicita la nulidad del traslado el mismo tenga como fin último la «recuperar» o «mantener» el reseñado régimen de transición.**”*

Por lo expresado en el precedente jurisprudencial hasta aquí reseñado, el cual se acoge en su integridad, es posible concluir que cuando se solicite la nulidad del traslado de régimen pensional por motivo de la deficiente información brindada, es presupuesto determinar cuál fue la asesoría que tuvo el afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad en cuanto a los elementos exigidos, ya que son precisamente esos los aspectos que deben demostrarse dentro del proceso, sin que necesariamente deba acreditarse un vicio específico del consentimiento, principalmente porque el desconocimiento por parte del afiliado de las consecuencias no permiten que su decisión sea concreta y real.

Debe de forma adicional estudiarse que la carga de la prueba le corresponde

a los fondos demandados en atención al deber de información profesional, pues deben tener la iniciativa de proporcionar todos los elementos que resulten relevantes para la toma de decisión, es decir, mostrar su gestión de acuerdo al objeto de su prestación, criterio que debe sumarse al principio de la carga dinámica de la prueba en la medida que el fondo de pensiones se encuentra en mejor posición de probar los hechos que se han puesto en consideración, toda vez que evidentemente cuenta con las bases de datos y con la tecnología de punta suficiente para no solo archivar documentos de acuerdo a las disposiciones legales que sobre la materia se rigen, sino para documentar las situaciones que se presentaron de los hechos que ha puesto de presente no solo a la parte demandante, sino la propia demandada en cuanto a su gestión.

En este orden de ideas, una vez examinado el material probatorio que milita en el informativo se observa que a folios 203 obra copia del certificado expedido por Asofondos en donde se confirma que su vinculación y traslado del Régimen de Prima media administrado por el ISS a SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A fue el 14 de febrero de 2000 con fecha de efectividad del 1° de abril del mismo año, prueba que en principio es concreta en el sentido de que el traslado se realizó de forma correcta. De igual manera se recibió el interrogatorio de parte de la demandante quien frente a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se llevó a cabo su afiliación manifestó, contrario a lo afirmado por la censura, que ella se encontraba en su lugar de trabajo y un asesor de SKANDIA le dio una charla en la que le comentó que se encontraba en el momento preciso para trasladarse a un fondo privado pues era mucho mejor, además que el ISS se iba acabar, aceptando, sobre esa base, haber firmado el formulario y trasladarse a SKANDIA.

Material probatorio del que puede colegir la Sala que de ninguna manera se le informó a la demandante de una forma expedita, aun cuando estaba OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A obligada en demostrar dentro del proceso que la información que se le había proporcionado era suficiente en los términos previamente indicados, esto es, dicho fondo no logró demostrar en el curso de esta actuación haberle suministrado a la señora AIDA MARIA MARTINEZ SALAZAR asesoría suficiente en cuanto a dos aspectos: **(i)** cómo se pensionaría bajo el régimen de prima media con prestación definida, realizando los respectivos cálculos, y **(ii)** en cuanto al capital que necesitaba para pensionarse a la edad en que cumpliera los requisitos y cuál sería el monto de su pensión allí. Todo lo anterior en contravía del artículo 128 de la Ley 100 de 1993 que prevé que la afiliación implica la aceptación de las condiciones al régimen al cual se ha afiliado el ciudadano, con lo cual puede colegirse que en tal afiliación no se le brindó una asesoría especializada, completa, adecuada, suficiente, cierta y comprobable que advirtiera incluso una asesoría respecto a los beneficios y consecuencias que tenía en el momento en que se trasladó de régimen, por lo que resultaría nula esta afiliación, máxime cuando también podría comprender su conducta omisiva –del fondo- el desconocimiento del principio de confianza legítima. Nulidad que valga la pena recordar, en los términos del artículo 1746 del C.C. tiene la fuerza de cosa juzgada y da a las partes derecho para ser restituidas al

mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo.

Ahora, tratándose del formulario de afiliación diligenciado por la parte demandante de manera libre y voluntaria, ha de decirse que el mismo no fue aportado a esta actuación, no obstante lo cual, de todas formas resultaría insuficiente para efectos de acreditar la información suministrada, pues recuérdese que *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos pre-impresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*, tal como reiteradamente se ha sostenido por la H. CSJ para lo cual, si se quiere, se pueden consultar entre otras las sentencias CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019 y CSJ SL4360-2019 y CSJ SL 4426 de 2019, en las que ha adocinado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las administradoras de pensiones, se estableció también en cabeza de estas entidades el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas.

Así las cosas, habida cuenta que en este asunto existió error de hecho cuando la demandada SKANDIA hoy OLD MUTUAL enseñó de manera incompleta las calidades del producto que ofrecía para el caso de un plan de pensión, sin compararlo con aquel que hubiese podido adquirir la parte demandante en el RPMPD, e igualmente cuando omitió los datos que marcan la prestación presente y futura, toda vez que resultó alterada la realidad del derecho al que se aspiraba, por cuanto no se realizó ningún tipo de estudios pertinentes ni proyección de una expectativa pensional, debiendo hacerlo, teniendo como referente los dos regímenes pensionales, indudablemente la afiliación realizada por la activa a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A el 14 de febrero de 2000 con efectividad a partir del 1° de abril de ese año se torna nula, ya sea por la vía de falta de información de la entidad pensional o por existir un error de hecho sobre la calidad del objeto, máxime cuando la permanencia en el RAIS no genera la consecuencia de validar la afiliación como tampoco el hecho de trasladarse entre fondos, como aquí aconteció respecto de SKANDIA hoy OLD MUTUAL S.A y HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PORVENIR S.A, asunto frente al cual han sido reiterados los pronunciamientos de la H. Corte Suprema de Justicia, dentro de los que vale la pena rememorar la sentencia hito del 9 de septiembre de 2008, radicado 31989, M.P Dr. Eduardo López Villegas, cuando en lo pertinente dijo: *“Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales. (...) 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.”

Así mismo, en relación con la imposibilidad de la parte demandante de recobrar el beneficio de la transición con el argumento de no contar con 15 años de servicios o lo que es lo mismo 750 de cotización al 1° de abril de 1994, debe desestimarse en la medida que no estamos en presencia de un traslado de régimen válidamente realizado, el cual es el que permitiría admitir dicho requisito respecto del cual se pronunciaron las distintas sentencias traídas a colación por COLPENSIONES.

DE LA RELIQUIDACIÓN DE LA PENSIÓN -IBL, TASA DE REEMPLAZO, FECHA DE RECONOCIMIENTO E INTERESES MORATORIOS-

No es objeto de controversia en la alzada que COLPENSIONES mediante Resolución GNR 007506 del 17 noviembre 2012, modificada mediante Resolución GNR 212168 del 24 de agosto de 2013, reconoció a la señora AIDA MARÍA MARTÍNEZ SALAZAR pensión de vejez en cuantía inicial de \$699.118 a partir del 01 de noviembre de 2012, la cual fue reliquidada por inclusión de valores y semanas actualizadas a marzo de 2012 a través de la Resolución GNR 61673 del 26 de febrero de 2017, en la que se determinó que el monto de la mesada pensional para el año 2014 (ello por virtud de la prescripción de las mesadas) correspondía a la suma de \$831.864 lo anterior teniendo en cuenta un IBL de \$1.154.404 al que le aplicó una tasa de reemplazo del 72.06%. negando el beneficio del régimen de transición con el criterio de que la asegurada se trasladó del RPMPD al RAIS y regresó el 6 de marzo de 2012, requiriendo para haber conservado dicho beneficio contar con 15 años de servicios al 1° de abril de 1994 y el cálculo de rentabilidad.

En tal sentido, como quiera que con motivo de la declaratoria de la ineficacia del traslado del régimen el A quo también declaró como única afiliación válida la presentada con el extinto ISS hoy COLPENSIONES, esto es para todos los efectos legales, como si la demandante nunca se hubiera trasladado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a no dudarlo se encuentra ajustada a derecho su determinación de indicar que la actora es beneficiaria del régimen de transición y sobre esa base disponer la reliquidación de su mesada pensional a la luz de lo dispuesto en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año, si se tiene en cuenta que para el 1° de abril de 1994 contaba con más de 35 años de edad, atendiendo que su natalicio data del 15 de septiembre de 1952 (fl 19).

En efecto, el Régimen de transición previsto en el Artículo 36 de la Ley 100 de 1993, permitía acceder a la pensión de vejez en los términos de la legislación anterior, para aquellos afiliados quienes a la entrada en vigencia de dicha normatividad acreditaran tener en el caso de las mujeres **35 años de edad**; o quienes tuvieran **15 años o más de servicios**, es así como establece el citado artículo:

“ARTICULO 36. REGIMEN DE TRANSICION. La edad para acceder a la pensión de vejez, continuará en cincuenta y cinco (55) años para las mujeres y sesenta (60) para los hombres, hasta el año 2014, fecha en la cual la edad se incrementará en dos años, es decir, será de 57 años para las mujeres y 62 para los hombres. La edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el Sistema tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o quince (15) o mas años de servicios cotizados, será la establecida en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. Las demás condiciones y requisitos aplicables a estas personas para acceder a la pensión de vejez, se regirán por las disposiciones contenidas en la presente Ley. ...”.

Así mismo, dicho régimen fue objeto de pronunciamiento en el acto legislativo 01 de 2005, mediante el cual se adicionó al artículo 48 de la Constitución Política de Colombia, cuyo parágrafo transitorio 4º, señaló que:

Bajo este entendido, con el fin de verificar las semanas efectivamente cotizadas con las que contaba para el 25 de julio de 2005 se procedió al conteo de las que expresamente aceptó COLPENSIONES en la Resolución del 26 de mayo de 2017 (fls 56-61), por ser la última debidamente actualizada, pudiendo corroborar que para esa fecha reportaba un total de 1.045 semanas efectivamente cotizadas cumpliendo así las requeridas para mantener el beneficio de la transición, de ahí que le era aplicable el Decreto 758 de 1990 que en su artículo 12 señala como requisitos para acceder a la pensión de vejez tener 55 o más años de edad si es mujer y, un mínimo de quinientas (500) semanas de cotización pagadas durante los último veinte (20) años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de un mil (1.000) semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Así las cosas, como la promotora de esta actuación cumplió con el requisito de la edad el 15 de septiembre de 2007, claro es que le asistía derecho a reclamar desde ese momento la pensión, no obstante, toda vez que continuó efectuando cotizaciones al sistema hasta inclusive el 31 de marzo de 2012, el disfrute de su pensión se supeditó a su efectiva desafiliación del sistema, siéndole otorgada, sin embargo, a partir del 1º de noviembre de 2012.

Aclarado lo anterior, habida cuenta que el tiempo total cotizado por la demandante corresponde a 9772 días, o lo que es lo mismo, a 1396 semanas, y que fue la propia entidad administradora de pensiones COLPENSIONES quien luego de actualizar en el año 2017 la historia laboral de ésta determinó que su Ingreso Base de Liquidación ascendía a la suma de \$1.154.404 (fls 56-61), al ser beneficiaria del régimen de transición la tasa de reemplazó con la que se debió liquidar su pensión ciertamente era la del 90%, en orden a lo cual el monto de su primera mesada pensional para noviembre de 2012 era la suma de \$1.038.963.6. mientras que para 2013 \$1.064.314; 2014 \$1.084.962; 2015 \$1.124.671; 2016 \$1.200.812; 2017

\$1.269.858; 2018 \$1.321.796; 2019 \$1.363.829; 2020 \$1.415.654 y para 2021 \$1.438.446.

Por lo anterior, es del caso modificar el monto de la primera mesada pensional establecida por el A quo al no ajustarse al IBL debidamente actualizado por COLPENSIONES con fundamento en los aportes realizados a ese régimen y al RAIS detallados en los historiales de cotización obrantes de folios 167 a 177 y 207 a 209.

Ahora, tratándose de la fecha a partir de la cual se ordena el reconocimiento de la reliquidación pensional, basta indicar que si bien la demandante elevó solicitud ante COLPENSIONES para tal fin el 3 de febrero de 2017, siéndole debidamente notificada el 17 de junio de 2017 la resolución que negó la misma (fls 55-62), pese a que presentó la demanda dentro de los tres años siguientes -para ser precisos el 8 de octubre de 2018 según acta de reparto obrante a folio 79-, lo cierto es que las mesadas pensionales que se encuentran afectadas por el termino prescriptivo, como bien lo concluyera el A quo, corresponden a las anteriores al 8 de octubre de 2015, esto es, a las causadas dentro de los tres años inmediatamente a la presentación de la demanda, ello teniendo en cuenta que la petición de reliquidación del 3 de febrero de 2017 no tuvo la connotación de interrumpir dicho término, pues por sabido es que el mismo sólo puede producirse por una sola vez, y como aquí COLPENSIONES ya había resuelto una solicitud reliquidatoria de la pensión con la Resolución GNR 212168 del 24 de agosto de 2013, es por lo que las peticiones que se presentaron con posterioridad ninguna incidencia pueden generar en tal sentido.

Últimamente, en lo que concierne a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, habrá de confirmarse la decisión absolutoria, habida cuenta que estos no son viables cuando el reconocimiento de la pensión de vejez contemplada en el Acuerdo 049 de 1990 se hace como consecuencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional¹.

Así las cosas, se modificaran los numerales 4 y 6 de la sentencia apelada exclusivamente en cuanto determinó que el monto de la primera mesada pensional era la suma de \$875.508, fijó un retroactivo pensional al 28 de febrero de 2020 de \$75.193.318; y, ordenó reconocer a partir del 1º de febrero de 2020 una mesada pensional equivalente a \$1.237.431; para en su lugar establecer que el monto de la primera mesada pensional para noviembre de 2012 era la suma de \$1.038.963.6. mientras que para 2013 \$1.064.314; 2014 \$1.084.962; 2015 \$1.124.671; 2016 \$1.200.812; 2017 \$1.269.858; 2018 \$1.321.796; 2019 \$1.363.829; 2020 \$1.415.654 y para 2021 \$1.438.446; debiendo COLPENSIONES ajustar la pensión a los términos aquí ordenados la que en lo sucesivo debe ser objeto de los reajustes legales anuales, siendo que el retroactivo que se ordena cancelar corresponde a las diferencias dejadas de cancelar respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas desde el 8 de octubre de 2015 y

¹ SL1818-2021 del 3 de mayo de 2021 M.P Dr. Carlos Arturo Guarín Jurado.

en adelante hasta que se verifique su pago, ya que frente a las anteriores operó el fenómeno de la prescripción.

Se confirma la sentencia objeto de alzada en todo lo demás.

COSTAS

En esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes y en favor de la parte actora ante la prosperidad de su recurso. Las de primera instancia se confirman.

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

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales 4 y 6 de la sentencia proferida el 12 de febrero de 2020 por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro de la acción promovida por AIDA MARIA MARTINEZ SALAZAR en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, LA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS OLD MUTUAL S.A., LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES PORVENIR S.A, exclusivamente en cuanto determinó que el monto de la primera mesada pensional era la suma de \$875.508, fijó un retroactivo pensional al 28 de febrero de 2020 de \$75.193.318; y, ordenó reconocer a partir del 1º de febrero de 2020 una mesada pensional equivalente a \$1.237.431; para en su lugar establecer que el monto de la primera mesada pensional para noviembre de 2012 era la suma de \$1.038.963.6. mientras que para 2013 \$1.064.314; 2014 \$1.084.962; 2015 \$1.124.671; 2016 \$1.200.812; 2017 \$1.269.858; 2018 \$1.321.796; 2019 \$1.363.829; 2020 \$1.415.654 y para 2021 \$1.438.446; debiendo COLPENSIONES en lo sucesivo realizar los reajustes legales anuales fijados por el Gobierno, estableciendo como retroactivo las diferencias dejadas de pagar respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas desde el 8 de octubre de 2015 y en adelante hasta que se verifique su pago, ya que frente a las anteriores operó el fenómeno de la prescripción, manteniéndose, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia apelada en todo lo demás.

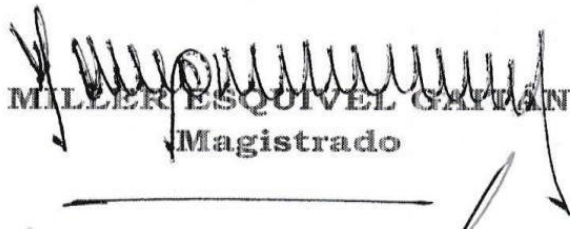
SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de las demandadas recurrentes COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Fijense como agencias en derecho para cada una de ellas la suma de \$908.526. Las de primera instancia se confirman.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

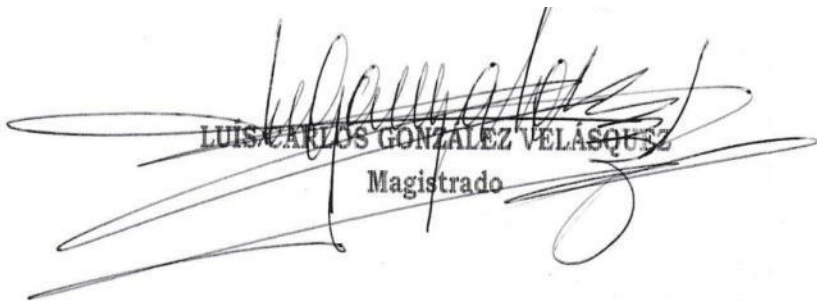
Los Magistrados,



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ
Magistrado



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL**

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado Ponente

Proceso: 110013105012201800182-01

**ACTA DE AUDIENCIA PÚBLICA DE JUZGAMIENTO CELEBRADA EN EL
PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LUIS ALBERTO CASALLAS
VILLAMIL EN CONTRA DE FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES
ESPECIALES S.A.S, OPERADORES Y ADMINISTRADORES
INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS S.A.S. Y TRANSPORTES
ESPECIALES VIP S.A.S.**

En Bogotá D.C. a los 30 de abril de 2021 día previamente señalado para realizar la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, el Magistrado ponente, en asocio de los demás Magistrados que integran la Sala Tercera de Decisión, la declaró abierta.

El Tribunal, en los términos acordados en dicha sala, dicta la siguiente

SENTENCIA:

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019¹ por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, en el proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

El señor Luis Alberto Casallas Villamil por medio de apoderado judicial presentó demanda² ordinaria laboral de primera instancia en contra de FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S, OPERADORES

¹ Sentencia de primera instancia fl. 79.

² Escrito de demanda fls.2 a 6.

Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS S.A.S. Y TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., para que previos los trámites que le son propios a la naturaleza de esta clase de procesos, se profieran a su favor las siguientes pretensiones; que se condene a la demandada OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS S.A.S., por los derechos laborales causados con causa y ocasión de la relación de trabajo desde el 1° marzo de 1997 al 31 de enero de 2017, y a FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S y a TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., en forma solidaria por los derechos laborales causados por ocasión de la relación de trabajo desde el 1° de enero de 2015 hasta el 31 de enero de 2017.

Que se condene a las demandadas por el no pago de las primas de servicios \$33.110.371,83, por el no pago del auxilio de transporte la suma de \$33.110.371,83, \$18.872.895,30 por compensación de vacaciones, por intereses sobre auxilio de cesantías la suma de \$3.973.256,02, por la indemnización por no pago oportuno del auxilio de cesantías \$94.200 diarios desde el 15 de febrero de 1998 hasta el momento que se haga efectivo su pago, por la indemnización por despido injusto la suma de \$38.465.000, por la indemnización moratoria de que trata el art 65 CST y SS equivalente a \$94.200 diarios a partir del 1 de febrero de 2017, la suma de \$230.130.600 por concepto de dominicales y festivos, que se ordene a la demandada a hacer los aportes por seguridad social por 19 años y 11 meses a con destino a COLPENSIONES, el pago por concepto de indemnización por no pago de los aportes en seguridad social, salud y riesgos laborales por la suma de \$48.458.879,40, los intereses de mora de las sumas condenadas como lucro cesantes, la indexación de las sumas condenadas como daño emergente, lo que resulte probado en extra y ultra *petita* y las costas y agencias en derecho.

Los hechos con relevancia jurídica³ a que se contrae el informativo son los siguientes:

Que el demandante mantuvo una relación de trabajo con OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS S.A.S la cual empezó el 1° de marzo 1997 que dicha relación tenía como objeto el transporte de personal en las estaciones de peaje de Tebaida - Fontibón y viceversa y la Tebaida – Mosquera, que la relación laboral terminó el 31 de enero de 2017 sin justa causa por parte del empleador, que al demandante no se le cancelaron dominicales y festivos ni prestaciones sociales, que durante su vinculación siempre ostento el cargo de conductor o chofer, que a partir del año 2015 la demandada pretendiendo “desnaturalizar” la relación laboral colocando como intermediarias a las sociedades Transportes Especiales VIP S.A.S., y Flota Integral de Servicios Especiales S.A.S., que el demandante tenía que cumplir dos turnos diarios que 4

³ Hechos de la demanda, fls.2 a 73 del plenario.

horas cada uno desde las 4:00 a.m. a las 8:00 a.m. y de 4:00 p.m. a 8:00 p.m., la labor era prestada de domingo a domingo incluyendo festivos y dominicales, que el trabajador devengo los siguientes salarios durante la relación laboral:

Año	Ingreso Básico Mensual	Ingreso Anual Básico
1997 (10 meses)	\$ 1.418.498	\$ 14.184.980
1998	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
1999	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2000	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2001	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2002	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2003	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2004	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2005	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2006	\$ 1.418.498	\$ 17.021.976
2007	\$ 1.308.000	\$ 15.696.000
2008	\$ 1.393.020	\$ 16.716.240
2009	\$ 1.500.000	\$ 18.000.000
2010	\$ 1.560.000	\$ 18.720.000
2011	\$ 1.800.000	\$ 21.600.000
2012	\$ 1.905.000	\$ 22.860.000
2013	\$ 2.058.180	\$ 24.698.160
2014	\$ 2.154.000	\$ 25.848.000
2015	\$ 2.460.000	\$ 29.520.000
2016	\$ 2.670.000	\$ 32.040.000
2017	\$ 2.826.000	\$ 2.826.000
Total		\$ 429.951.356

Las obligaciones del contrato pretendieron involucrar como un solo objeto dos hechos distintos: a) suministro de un vehículo y b) prestación personal del servicio de chofer para recoger y volver a llevar el personal que labora para OPEINVIAS, que al ex trabajador le quedaron adeudados por concepto de 52 días dominicales y 18 festivos por cada año de servicios durante 19 años, 11 meses para un total de 1.396 días que se deben pagar con el recargo del doble del salario entre los años 1997 a 2001 y del 1.75% entre los años 2002 a 2016 la suma de \$230.130.600, que al demandante le adeudan por concepto de vacaciones la suma de \$18.872.985, 32, por prima de servicios la suma de \$33.110.371,83, por auxilio de cesantías la suma de \$33.110.371,83, indemnización de que trata el art. 99 de la Ley 50 de 1990, por intereses sobre auxilio de cesantías la suma de \$3.973.256,02, que al trabajador le quedaron debiendo 19 años y 11 meses de aportes a seguridad social.

Contestación de la demanda:

Una vez admitida la demanda⁴ y realizada las notificaciones de rigor las encartadas mediante apoderado judicial dieron contestación al libelo de demanda de la siguiente manera:

La demandada Operadores y Administradores Internacionales de Vías S.A.S. – OPENVIAS S.A.S., a través de la documental visibles fls.108 a 122, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito de demanda, para lo cual indico que existieron diferentes contratos de prestación de servicios, que el demandante tenía autonomía e independencia. Respecto a los hechos plasmados en la demanda, indicó que ninguno de ellos era cierto. Como medios exceptivos propuso los denominados⁵ como: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

Por otro lado, la encartada Transportes Especiales VIP S.A.S., mediante la documental obrante a folios 158 a 186 del expediente, se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones de la demanda. En lo referente a los hechos manifestó que no eran ciertos o no le constaban, además dijo que nunca hubo una relación de trabajo entre las partes. Como excepciones propuso los denominados ⁶ como: Inexistencia de relación laboral entre mi representada Transportes Especiales VIP SAS y el señor Luis Alberto Casallas Villamil ausencia de los elementos integrantes de una relación laboral, Inexistencia de intermediación laboral entre OPEINVIAS S.A. y Transportes Especiales VIP S.A.S. respecto del señor Luis Alberto Casallas Villamil, Inexistencia de solidaridad de mi representada Transportes Especiales VIP SAS frente a los derechos laborales económicos y/o prestacionales que pudieran derivarse de una eventual relación laboral existente entre el actor y OPEINVIAS, prescripción, cobro de lo no debido, improcedencia del pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto por falta de pago y aportes a seguridad social, buena fe, improcedencia de los aportes a la seguridad social en pensiones a favor del señor Luis Alberto Casallas Villamil y la genérica.

Por último, la pasiva Flota Integral de Transportes Especiales S.A.S., al dar contestación a través de la documental visible a folios 244 a 268, se opuso a la totalidad de todas y cada una de las pretensiones incoadas. Respecto a los hechos indicó que ninguno era cierto y que no le constaban. Como excepciones enlistó las denominadas⁷ como: prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia del contrato de trabajo, inexistencia de intermediación

⁴ Auto de Admisión de fecha 19 de abril de 2018, visible a f. 86 del plenario.

⁵ Folios 120 y 121 del plenario.

⁶ Folios 166 a 175 del plenario.

⁷ Folios 255 a 260 del plenario.

laboral ente OPEINVIAS S.A. y FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. respecto del señor Luis Alberto Casallas Villamil, Inexistencia de solidaridad de mi representada FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. frente a los derechos laborales económicos y/o prestacionales que pudieran derivarse de una eventual relación laboral existente entre el actor y OPEINVIAS, cobro de lo no debido, improcedencia del pago de prestaciones sociales, vacaciones, indemnizaciones por despido injusto, por falta de pago y aportes a seguridad social, buena fe, improcedencia del pago de aportes a la seguridad social en pensiones a favor del señor Luis Alberto Casallas Villamil y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Mediante providencia emitida el día 12 de agosto de 2019⁸, el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, resolvió:

“PRIMERO: RECONOCER la existencia de una relación laboral de trabajo entre LUIS ALBERTO CASALLAS VILLAMIL y OPERADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS entre el 1° de enero de 2007 hasta el 31 de enero de 2017.

SEGUNDO: CONDENAR a OPERADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS y solidariamente FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. a pagar en favor del señor LUIS ALBERTO CASALLAS VILLAMIL, los siguientes conceptos:

- 1. \$18.300.200.00 por concepto de cesantías.*
- 2. \$499.929.50 por concepto de intereses sobre cesantías.*
- 3. \$4.799.000.00 por concepto de primas de servicios.*
- 4. \$2.399.500.00 por concepto de vacaciones.*
- 5. \$50.730.000.00 por concepto de indemnización por falta de pago art.65 CST, entre el 1° de febrero de 2017 al 31 de enero de 2019, 24 primeros meses, a partir del mes 25 los intereses moratorios sobre el saldo de salarios y prestaciones adeudadas de acuerdo con el interés bancario corriente y las tasas del art. 884 del Código de Comercio.*

TERCERO: ABSOLVER a OPERADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS, FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S de las demás súplicas de la demanda y conforme a la parte motiva de la presente decisión.

⁸ Acta de Audiencia de que trata el art. 80 del CPT y SS, visible a folio 79 y vuelto del plenario.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por OPERADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS, FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S, salvo la de prescripción que se declara probada parcialmente frente a acreencias laborales causadas con anterioridad al 22 de marzo de 2015, salvo en lo que tiene que ver con las cesantías, declarara probada la excepción de inexistencia del derecho y de la obligación respecto de obligaciones causadas entre el año 1997 y hasta el año 2007.

QUINTO: CONDENAR a FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S., TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S. y OPEINVIAS al pago de las costas y agencias en derecho, señalándose como tales a suma de \$1.000.000.00 a cargo de cada una de ellas.”.

Para arribar a esa decisión, consideró el juez de primera instancia que: En virtud del art. 53 de la C.N., en donde se señala la primacía de la realidad sobre las formas, en lo que respecta a las relaciones laborales, respaldado por el art. 23 del CST y SS, dentro del presente caso existió efectivamente un contrato de trabajo, entre el demandante y la sociedad OPEINVIAS. En atención a los extremos temporales, los definió haciendo uso de las certificaciones de contratos de prestación de servicios a partir del 1° de enero de 2007, estableció el juzgador de instancia el inicio de la relación, y que desde el año 2015 se contrató el servicio de transporte, pero a través de las empresas FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S, OPERADORES y TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S. hasta el 31 de enero de 2017.

Del recurso de apelación

Inconforme con las resultas del proceso las partes presentaron su recurso de apelación de la siguiente manera:

Parte demandante: Señaló la parte demandante que el inicio de la relación laboral entre las partes data del 1° de marzo de 1997, situación que se corroboraría si la demandada OPEINVIAS S.A., hubiese cumplido con la obligación de aportar la totalidad de los contratos suscritos con el demandante, ya que solo los aportó desde el año 2007, adición de la sentencia con el fin de que se pronuncie en cuanto a la sanción por no consignación de las cesantías.

OPEINVIAS S.A.: Expresa que del interrogatorio de parte no corrobora la existencia de un contrato de trabajo, por el contrario se dio una relación comercial entre las partes, el Despacho da por cierto que el demandante se encuentra afiliado desde el año 2015, cuando se encuentra registrado en el RUT realizando su actividad de conductor con vehículos propios, lo que se prueba es que el demandante solicitaba autorizaciones o guías para

poderse transportar, documentales que eran expedidas por la empresa de transportes a la cual se encontraba afiliado. En cuanto al contrato de prestación de servicio de transporte no puede ser desvirtuado, para indicarse la existencia de un contrato de trabajo, nunca existió el elemento de la subordinación, pues nunca se establecieron itinerarios o rutas, él tenía autonomía para establecer en donde ya que horas recogía a los trabajadores de la compañía, la empresa nunca se los estableció, su única obligación era dejarlos antes de las 6:00 a.m. y recogerlos a las 6:00 p.m., se concluye que el señor demandante presentaba reportes, lo cual no es cierto porque lo que presentaba era cuentas de cobro. En conclusión, no se acreditan los elementos esenciales del contrato de trabajo, por lo que no puede condenarse a la existencia de un contrato de trabajo.

FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES SAS y TRANSPORTES ESPECIALES VIP SAS: Apela la sentencia proferida para lo cual indica que nunca existió subordinación, pues el demandante nunca tuvo un vínculo laboral, se dio un contrato de prestación de servicios con un vehículo, lo cual se encuentra claro en el interrogatorio de parte del señor Juan Claudio Morales, jamás se dio una relación laboral o se tuvo disponibilidad para ello, el demandante jamás ostento la calidad de trabajador, lo cual se da por demostrado sin estarlo, el demandante recibía un alquiler por el vehículo y no un salario no debe dársele esa connotación, pues debe verificarse el tema de la solidaridad, dado que no se encuentra los presupuestos establecidos en la ley para ello.

Alegatos de conclusión

Una vez corrido el traslado correspondiente la parte demandante solicita se condene a pagar a OPEINVIAS SAS, los derechos laborales ocasionados entre el 1 de marzo de 1997 al 31 de enero de 2007 y de forma solidaria respecto de FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES SAS y TRANSPORTES ESPECIALES VIP SAS.

Por su parte OPENVIAS S.A. dice; *“...no quedó acreditada la prestación personal del servicio, no quedó acreditada la subordinación o dependencia, y no quedó acreditado el pago de un salario, motivo por el cual, de ninguna manera podría llegarse a concluir que existió una relación laboral y mucho menos por cuanto ni siquiera se logró acreditar y la prestación personal efectiva del servicio o una prestación personal independiente del servicio por parte del señor casallas.”*, por último, las demandadas TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S. y FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES S.A.S, solicitan se revoque la sentencia, por la siguiente razón; *“Igualmente, debía el automotor contar con el extracto de contrato, que es un documento que expide la empresa transportadora a la cual el automotor se encuentra afiliado para poder operar, en cumplimiento a la Resolución 1069 de 2.015 expedida por el Ministerio de Trabajo y, que reglamentó el Formato Único de Extracto de Contrato – FUEC, de conformidad con lo reglado en el artículo 14*

del Decreto 340 de 2015, estableciendo su objeto y determinando los datos que deben señalarse en su contenido. Este formato es un documento de transporte que deben portar los conductores de vehículos que presten el servicio de transporte terrestre de pasajeros en la modalidad de Transporte Especial, que, en el caso en particular, era un servicio de transporte público especial, con lo que se descarta cualquier tipo de relación laboral con el demandante, como equivocadamente el Juez de Primera Instancia lo determinó. “.

Dichas así las cosas procede la Sala a resolver la presente controversia previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Revisado el expediente se encuentra que en la presente causa se cumplieron con todos los presupuestos tanto de la acción como de la demanda y del proceso, por lo que no existe causal de nulidad que invalide lo actuado, y faculta a esta Sala continuar con el trámite respectivo.

Problema Jurídico:

En atención a los alcances de los recursos presentados, se impone la Sala el resolver los siguientes problemas jurídicos; (i) Si efectivamente, existió entre el demandante y la demandada OPERADORES Y ADMINISTRADORES INTERNACIONALES DE VÍAS – OPEINVIAS S.A.S. una relación laboral, en virtud del principio de la primacía de la realidad, para lo cual se debe verificar si se cumple con los elementos esenciales de un contrato de trabajo, (ii) Si existe solidaridad respecto de las demandadas empresas FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S. y TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., (iii) Verificar lo correspondiente al extremo inicial de la relación laboral (periodo comprendido entre el 1 de marzo de 1997 al 31 de enero de 2007) y (iv) Si debe verificarse lo correspondiente a la sanción por no consignación de las cesantías y en consecuencia condenarse a la misma, para lo cual deberá verificarse lo correspondiente a la buena fe.

En virtud del principio de limitación y congruencia (artículo 66A del CPL y SS).

De la existencia de la relación laboral y el extremo temporal inicial.

Como quiera que los argumentos presentados por las partes demandadas se pueden contraer a que no se logró demostrar la existencia de una relación laboral con el señor Casallas Villamil y como quiera que la disconformidad con la decisión de instancia expresada por la parte

demandante depende de la existencia de la ya mencionada relación, debe primeramente esta Sala entrar a verificar si efectivamente dentro del asunto *sub judice* estamos en presencia o no, de un contrato realidad de trabajo y desde cuando.

Así las cosas, el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades surge a partir de uno de los postulados del artículo 53 de la Constitución Política, por lo que en tratándose de develar la verdadera naturaleza del vínculo que ató a las partes, el juez laboral debe examinar el acervo probatorio en su totalidad, a fin de buscar los elementos y características de esa relación.

Bajo el criterio anterior podemos indicar que el artículo 24 del CST y SS⁹, presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo, es decir, que la simple prestación personal de un servicio hace presumir que se presta bajo una relación laboral, por su parte, el artículo 23 del mismo código dice para la existencia de un contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos: i) la prestación personal de servicio, ii) la existencia de una subordinación y iii) el salario como contraprestación del servicio prestado, por lo que una vez reunidos esos elementos se entiende como configurada la existencia de un contrato de trabajo, y que no dejará de serlo en razón a que las partes le hayan dado otro nombre a su relación contractual.

Así mismo, cabe señalar que el ya citado artículo 24 del código sustantivo del trabajo al presumir que toda prestación personal de un servicio está regida por un contrato de trabajo, de modo que quien reclame la existencia de un contrato de trabajo, debe probar que prestó personalmente un servicio, pues lo demás se presumen.

Así lo deja claro la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL577-2020 (68636) del 12 de febrero de 2020:

“Las anteriores conclusiones se encuentran acorde con jurisprudencia de esta Corporación, que ha enseñado que para los fines protectores que rodean el derecho del trabajo, el art. 24 del CST dispone que al trabajador solo le basta demostrar la ejecución personal de un servicio, para que se configure la presunción de la existencia de un vínculo laboral; como contrapartida, el empleador deberá desvirtuar el hecho presumido a partir de elementos de convicción que avalen que el servicio «presumido» se ejecutó bajo una relación jurídica autónoma e independiente.”.

En consecuencia, de lo anterior cabe precisar que la presunción legal señalada no es absoluta, por lo que la parte demandada tiene la carga de

⁹ ARTICULO 24. PRESUNCION. <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

la prueba a efectos de demostrar -aportando los medios probatorios idóneos- que la relación contractual en discusión no obedece a la naturaleza laboral, tal y como los señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL753-2020 (75607) del 4 de marzo de 2020:

“Por lo demás, conviene no olvidar que la acreditación de la prestación personal del servicio, precipita la presunción de existencia de contrato de trabajo, sin perjuicio de que como presunción legal que es, la del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo se encuentre expuesta a ser desvirtuada, mediante la aducción de elementos de convicción que tengan la fuerza suficiente para lograr ese cometido, esto es, para acreditar que la labor se ejecutó bajo otra modalidad de contratación, autónoma e independiente.”

A la luz de lo dicho, debe esta Sala de decisión -con apoyo del material probatorio recaudado- determinar, si se acreditó la relación laboral declarada en la primera instancia.

A fin de lo anterior, se encuentra a fls.17 a 65 del plenario, sendos contratos de prestación de servicio celebrados entre el señor Luis Alberto Casallas Villamil y la demandada OPEINVIAS S.A.S., entre el 1° de enero de 2007 al 30 de junio de 2015, en donde como objeto de estableció: “PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE PERSONAL EN LA ESTACIÓN DE PEAJE DE LA TEBaida A FONTIBÓN Y VICEVERSA”.

Acto seguido a folios 60 a 62 obra contrato de prestación de servicios entre OPEINVIAS S.A.S. y Transportes Especiales VIP S.A.S., entre el periodo comprendido del 15 de junio de 2015 al 15 de septiembre de 2015, en donde se estableció: *“para lo cual se contará con el vehículo Camioneta Servicio Público SAIC WULLING placas SMN 807 modelo 2009 Color Blanco Perlado – Seis (6) Pasajeros afiliado a la empresa Transportes Especiales VIP S.A.S. Móvil Interno 39147 de propiedad del Sr. Luis Alberto Casallas Villamil.”*.

Luego a folios 66 a 74 del plenario, obra “CONTRATO DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TRANSPORTE DE PERSONAL ESTACIÓN DE PEAJE LA TEBaida – MOSQUERA”, suscrito entre OPEINVIAS S.A.S. y FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S., por el periodo comprendido entre el 1° de enero de 2016 al 31 de diciembre del mismo año, que comparte el mismo contenido del anterior.

Por último, a fl. 75 del plenario milita comunicación expedida por la señora Mónica Sabogal Forero, quien funge como Gerente de la sociedad OPEINVIAS S.A.S., con destino a empresa FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S., en el cual se prorroga el contrato de prestación de servicios hasta el 31 de enero de 2017.

Contrato de los cuales de su lectura integral no se puede lograr inferir el poder subordinante que la demandada ejercía sobre el demandante, por tanto, contrario a lo sostenido por la primera instancia, se logra desvirtuar la presunción del art. 24 del CST.

Expresado lo anterior, considera este cuerpo colegiado que las convocadas a juicio si lograron demostrar que efectivamente entre el demandante señor Casallas Villamil y la pasiva OPEINVIAS existió una relación contractual de origen civil, destinada a la prestación del servicio de transportes, conclusión que encuentra asidero con el mismo interrogatorio de parte del demandante en donde señala situaciones como que se encontraba registrado como transportador¹⁰, que los vehículos en los cuales prestaba el servicio eran de su propiedad y él era quien estaba pendiente a su mantenimiento¹¹, que era él mismo quien acordaba las horas con los trabajadores para recogerlos y llevarlos a su sitio de trabajo y nunca recibió llamados de atención la pasiva OPEINVIAS S.A.S¹², que una vez cumplía con llevar a los trabajadores a su sitio de trabajo se devolvía a su casa¹³ y que usaba el vehículo para realizar diligencias personales y familiares¹⁴.

Situación que es corroborada con el dicho del testigo de descargos señor Fabia Tiberio Aragón Rodríguez, quien se desempeña como “Coordinador de Talento Humano” de la encartada OPEINVIAS S.A.S., el cual manifestó situaciones como que la contratación fue realizada por la oficina de recursos humanos pues esa dependencia realizaba dicha facultad¹⁵, que al demandante nunca se le impusieron rutas, llamados de atención ya que lo único que les importaba a la empresa era que transportara a los trabajadores cuando salieran de sus turnos¹⁶, que nunca se le exigió una exclusividad en cuanto al servicio y no estaba obligado a prestar él personalmente el servicio¹⁷ y que a partir del año 2015 por orden de contabilidad se le exigió para continuar con la prestación del servicio -por normatividad legal- que debía estar afiliado a una empresa de transportes y que el vehículo ya no debía ser particular sino de servicio público¹⁸.

De lo que viene de exponerse, fluye palmario, que si bien es cierto se acreditó la prestación personal del servicio, no menos cierto es que se logró demostrar por parte de la pasiva que la relación sostenida por las partes desde el 1° de enero de 2007 al 30 de junio de 2015, se encuentra consagrada bajo la modalidad de prestación de servicios en el cual lo que prima es la autonomía e independencia del contratista desde el punto de

¹⁰ ««15':28"»».

¹¹ ««15':32"»».

¹² ««18':18"»».

¹³ ««19':46"»».

¹⁴ ««29':08"»».

¹⁵ ««1.29':59"»»

¹⁶ ««1.31':20"»»

¹⁷ ««1.34':00"»»

¹⁸ ««1.42':30"»»

vista técnico, académico o científico, el cual compone el elemento esencial de este tipo de contratación, lo que de suyo significa que el contratista dispone de un amplio margen de discrecionalidad en cuanto concierne a la ejecución del objeto contractual dentro del plazo fijado y a la realización de la labor, según las estipulaciones acordadas. Máxime, cuando no uno de los elementos diferenciadores y únicos del contrato de trabajo es la subordinación, la cual no se encuentra probada de forma contundente.

Ahora en atención a la solidaridad declarada respecto de las empresas FLOTA INTEGRAL DE TRANSPORTES ESPECIALES S.A.S, OPERADORES y TRANSPORTES ESPECIALES VIP S.A.S., basta solo con señalar que al no existir el contrato de trabajo deprecado, no cabe la imposición de la solidaridad, puesto que la prosperidad de la misma estaba sujeta a su existencia, además y como esta demostrado dentro del plenario, cabe remarcar, que la relación existente entre el demandante señor Casallas Villamil y las sociedades antes mencionadas corresponde a una relación de naturaleza civil, en donde el primero afiliaba su vehículo a una empresa legalmente constituida para poder continuar con la prestación del servicio de transporte público.

En ese orden de ideas la sala deberá, REVOCAR la sentencia proferida el 12 de agosto de 2019, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de todas y cada unas de las pretensiones incoadas en su contra. Costas de esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas por la suma de \$300.000.00 pesos.

DECISIÓN

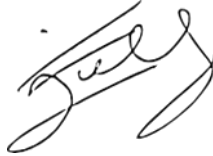
En mérito de lo expuesto, la Sala Tercera de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada proferida el 12 de agosto de 2019, por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por Luis Alberto Casallas Villamil contra Operadores y Administradores Internacionales de Vías OPEINVIAS, Flota Integral de Transportes Especiales SAS y Transportes Especiales VIP SAS, para en su lugar ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

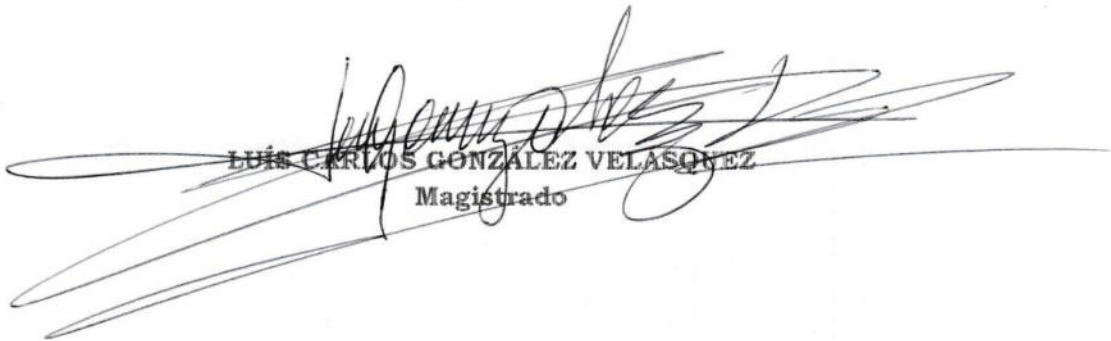
SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas en la suma de \$300.000.00 pesos, se revocan las de primera instancia las cuales quedaran a cargo de la parte demandante y en favor de las demandadas, las cuales deben ser tasadas en primera instancia, dadas las resultas del proceso.

Notifiquese y cúmplase,



JOSE WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado Ponente

En uso de permiso
MILLER ESQUIVEL GAITAN
Magistrado



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ
Magistrado