

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE LIBARDO SARMIENTO APONTE
contra TRANSPORTES LÍQUIDOS DE COLOMBIA TLC S.A. Y OTROS Rad.
2017 00004 01 Juz 6.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

LIBARDO SARMIENTO APONTE demandó a TRANSPORTES LÍQUIDOS DE COLOMBIA TLC S.A y ECOPETROL para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 9 y 10.

- Trabajo suplementario.
- Reliquidación de prestaciones sociales.
- Salarios, prestaciones sociales y vacaciones conforme lo previsto en el numeral 1 del Decreto 284/1957.
- Despido indirecto.
- Sanción moratoria art. 65 CST.
- Reliquidación aportes al SGSS.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 4 a 9. Se vinculó con la demandada el 23 de abril de 2013 mediante contrato de trabajo a término indefinido, su cargo fue conductor de vehículo articulado, el salario era de \$800.000 y su horario de trabajo fue por turnos incluidos fines de semana y festivos a cualquier hora. Durante la relación laboral condujo el vehículo de placas XVW934 de propiedad de la pasiva, en el cual transportaba hidrocarburos (petróleo crudo y nafta), actividad que debía desarrollar en Bucaramanga, Bogotá, Villavicencio, Yopal, Acacias, Puerto Gaitán entre otras, o en los lugares donde estuviesen ubicados los pozos petroleros. La

demandada suscribió contrato con ECOPETROL S.A para la distribución y transporte de hidrocarburos, por lo que era acreedor de los mismos beneficios de los funcionarios de Ecopetrol según lo dispuesto en el numeral 1 del Decreto 284/1957. Su empleador le entregó el tracto camión en el que transportaría el crudo y sus derivados (propiedad de Ecopetrol), hasta a los pozos de los Llanos Orientales y la Costa del país, dicho vehículo estaba habilitado también bajo la modalidad de regalías y por cada viaje la empresa pagaba un porcentaje el cual correspondía al 8% del producido. Los gastos de viaje cubrían el combustible, peajes, parqueadero, propinas en cargue y descargue, servicio de montallantas entre otros. El 16 de agosto de 2013, se afilió al Sindicato Nacional del Gremio de Transportadores y Operadores de Hidrocarburos – SINGROTH y al ser miembro de la organización sindical fue víctima de persecución por parte de la demandada al no estar conforme con las nuevas condiciones de trabajo y al solicitar el reembolso de los gastos de viaje que no estaban incluidos en lo cancelado por la empresa.

En el mes de febrero de 2014, la pasiva implementó un nuevo modelo de trabajo en el que disminuyó el porcentaje de viajes reconocido a sus trabajadores, y se acordó el pago del 6% del producido, situación por la que SARMIENTO APONTE no firmó el nuevo contrato de trabajo, el 15 de abril de esa anualidad cuando se dirigía al campo de Rubiales a la altura del cruce de San Rafael y San Alberto en el departamento del Cesar, la compañía le indicó que debía desplazarse de carácter urgente hasta la ciudad de Bucaramanga, orden que fue acatada por el trabajador, al arribar a las instalaciones de la demandada, le fue solicitado que presentará una “*carta*”, sin embargo, al momento en que el actor les informó sobre su condición de aforado le fue entregado un llamado de atención por exceso de velocidad, por lo que fue citado a diligencia de descargos el 09 de junio de 2014, por los presuntos hechos ocurridos el 13 de mayo de ese mismo año, cuando no le fue posible realizar el viaje a Campo Rubiales con destino a Barranquilla ya que debió acudir a su EPS por encontrarse enfermo. En tal diligencia, la empresa le comunicó que había incumplido con las funciones descritas en el artículo 6 del manual de funciones de personal de conductores de la flota TRANSPORTE LÍQUIDOS DE COLOMBIA S.A., en el acta de descargos el citado se comprometió a “*NUNCA DEJAR ABANDONADO EL VEHICULO O REMOLQUE A MI CARGO*”, ya que tal omisión constituía una infracción al art. 58 del CST, también se le informó que los días 13,14, 15 y 19 de mayo, no se había presentado a su lugar de trabajo ya que solo reportó incapacidad para los días 16 a 18 del mismo mes y año, en su defensa él demandante manifestó que el vehículo no había sido abandonado si no que se encontraba en las instalaciones del parqueadero de San Manuel ubicado en Puerto Gaitán – Meta, lugar que se encontraba autorizado por la pasiva para guardar los vehículos de su propiedad. El 17 de junio 2014, la demandada dio por terminado el contrato de trabajo, decisión

que se haría efectiva una vez el Juez del trabajo ordenara el levantamiento de la garantía foral, no obstante dada la persecución en su contra el 11 de octubre de ese año, presentó su carta de renuncia, sin que le fueran canceladas las horas trabajadas. El 11 de agosto de 2016, solicitó a OMNITRACAS la certificación de los viajes entre el 23 de abril a diciembre de 2014, petición que fue resuelta, igualmente, presentó reclamación administrativa a Ecopetrol quien respondió el 07 de septiembre de 2016.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada **TRANSPORTES LÍQUIDOS DE COLOMBIA TLC S.A** contestó en los términos del escrito visible a fls. 186 a 191.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó la vinculación laboral, extremos, salario y la diligencia de descargos.
- Formuló como excepciones de mérito, mala fe del demandante, genérica y prescripción.

La demandada **ECOPETROL S.A.** contestó en los términos del escrito visible a fls. 98 a 107.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, inexistencia de solidaridad a cargo de Ecopetrol S.A y buena fe.

Mediante auto del 17 de abril de 2019 (fls. 287 y 288), se efectuó el llamamiento en garantía a **SEGUROS DEL ESTADO S.A.** quien contestó en los términos del escrito visible a folios 304 a 317.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Propuso como excepciones de fondo; ausencia de responsabilidad de Ecopetrol S.A. por cuanto no se encuentra probada la solidaridad con la empresa de Transportes Líquidos de Colombia S.A. y las funciones desarrolladas por el demandante, buena fe de Ecopetrol S.A., e imposibilidad de extender el carácter subjetivo de la mala fe y prescripción.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual absolvió a las demandadas de todas las pretensiones. Llegó a esa determinación al colegir que la actividad principal de TRANSPORTES LÍQUIDOS DE COLOMBIA S.A. es el transporte de bienes, mercancías y personal en general, objeto social que se acompasa con lo dispuesto en el art. 3 de la Ley 105/1993, pues por el hecho de suscribir un contrato de servicios para el transporte de hidrocarburos con Ecopetrol S.A., éste no convierte su actividad económica en la descrita en el decreto que se persigue su aplicación tal como lo ha señalado la SL CSJ en sentencia con radicado 48808 del 23 noviembre de 2016, consideró que la función del accionante no es exclusiva para los productos del petróleo, circunstancia que impide hacerle extensivo los beneficios de los trabajadores de las empresas del sector petrolero. Respecto al trabajo suplementario alegado, indicó que no se determinó con exactitud el número de horas extras laboradas, pues, por el contrario, la empresa afirmó que las funciones del actor eran ejecutadas dentro de su jornada ordinaria, por lo que no accedió a la reliquidación de prestaciones sociales. Concluyó, que en el asunto no se probó que la renuncia del demandante hubiese sido motivada, ya que no se aportó ninguna prueba que permitiese evidenciar que la empresa hubiese efectuado cambios de rutas en aras de afectar el salario del promotor del proceso y así presentar su renuncia al cargo ocupado, ya que según los comprobantes de nómina y el contrato de trabajo allegado, se constató que SARMIENTO APONTE le fue cancelado durante la relación laboral el salario pactado, por lo que no accedió a la indemnización por despido injusto pretendida.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Las partes no hicieron uso de esta etapa procesal.

CONSIDERACIONES

La Sala procede a resolver el grado **jurisdiccional de consulta**, teniendo en cuenta que el fallo fue totalmente adverso a las pretensiones de la parte actora y ninguna de las partes interpuso recurso de apelación.

No existe controversia en cuanto a la vinculación laboral, extremos, cargo y la terminación del contrato de trabajo, por lo que La Sala estudiará si hay lugar al reconocimiento de trabajo suplementario, si el actor es beneficiario de lo dispuesto en el numeral 1 del Decreto 284/1957, pues de su prosperidad dependerá el análisis

de la reliquidación de prestaciones sociales y la sanción moratoria del art. 65 del CST, y finalmente se estudiará si se configuró el despido indirecto alegado.

De la aplicación del Decreto 284/1957.

Pretende el actor se de aplicación a los beneficios consagrados en el Decreto 284/1957, por medio del cual se dictaron las disposiciones sobre salarios y prestaciones de los trabajadores contratistas a precio fijo en empresas de petróleos.

Al respecto, el artículo primero *ibídem* dispone:

"Artículo Primero. Cuando una persona natural o jurídica dedicada a los ramos de exploración, explotación, transporte o refinación de petróleos realice las labores esenciales y propias de su negocio o de su objeto social mediante el empleo de contratista independiente, los trabajadores de éstos gozarán de los mismos salarios y prestaciones a que tengan derecho los de la empresa beneficiaria en la respectiva zona de trabajo, de acuerdo con lo establecido en las leyes, pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.

Son labores propias de la exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro de extracción y almacenamiento del crudo y los de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos y refinería y todas aquellas otras que se consideren esenciales a la industria del petróleo.

Si los contratistas independientes no tuvieren los elementos adecuados para atender a las referidas prestaciones, podrán convenir con la empresa beneficiaria que ésta las atienda por cuenta de aquéllos. Si no fue ello posible, los contratistas deberán compensar en dinero a sus trabajadores el valor de las prestaciones que no pudieren atender, previa autorización del Gobierno".
(Negrita fuera de texto).

En ese orden, La Sala precisa que para determinar si la demandada TRANSPORTES LÍQUIDOS DE COLOMBIA S.A. es una compañía dedicada específicamente a la ejecución de labores **esenciales o propias de la industria del petróleo**, se hace necesario identificar cuál es su objeto social u actividad económica, para ello se cuenta con el certificado de existencia y representación legal el cual milita a folios 61 a 63, en el que se indica que el objeto social de la pasiva corresponde a: "... A) *La explotación de la industria del transporte público de **carga y personas** en el ámbito nacional e internacional, no sujeto a rutas específicas ni horarios, que puedan ser prestado por medio de buses, busetas, minibuses, taxis, camiones, tractocamiones, carrotanques, volquetas, cama bajas y vehículos automotores similares, así como la realización de operaciones transporte multimodal...*, H) *Celebrar contratos que fueren necesarios con entidades públicas y privadas al igual que con particulares **para el desarrollo de la industria del transporte...***"
(Negrita fuera de texto).

De lo anterior, se advierte que la actividad económica principal de la sociedad demandada es el **transporte público en general** de mercancías, bienes y personas, descripción que se acompaña con lo descrito en el art. 3 de la Ley 105/1993, el cual señala que el transporte público es la industria orientada a la movilización de personas o cosas en los vehículos acondicionados para cada sector. Ahora si bien tal como se avizora del contrato No. 5220836 suscrito con Ecopetrol S.A. (fls. 121 a 142) en el que se contrató a Transportes Líquidos de Colombia S.A. para el transporte terrestre de hidrocarburos, lo cierto es que la pasiva puede movilizar o transportar otro tipo de bienes que pertenezcan a sectores distintos a los de la industria petrolera, pues como ya se indicó su objeto social no es específico ni exclusivo para este sector, sin que la relación contractual entre Ecopetrol y Transportes Líquidos, desconozca que la función principal de la última compañía mencionada sea netamente de transporte y haya dejado de pertenecer a dicho sector para catalogarse en la industria del petróleo, posición que ha sido decantada por la SL CSJ en la sentencia SL17526¹-2016.

En ese orden, no es dable colegir que las actividades del actor en el cargo de conductor, sean exclusivas para el transporte de hidrocarburos o sus derivados, como quiera que en la cláusula segunda del contrato de trabajo (fls. 196 a 199) fueron definidas las labores para el operador de vehículo articulado las cuales consisten en: *"Inspeccionar el vehículo asignado antes de cada viaje, responder por los compromisos de citas de cargue y de entrega, supervisar el proceso de cargue y entrega en cantidad y calidad, transportar y garantizar el adecuado manejo de la mercancía del vehículo, hacer entrega de los documentos del cargue, entre otras..."*, funciones que no corresponden exclusivamente a las de exploración, explotación, transporte y refinación del petróleo, los trabajos geológicos, geofísicos, de perforación con taladro de extracción y almacenamiento del crudo y los de construcción, operación y mantenimiento de oleoductos, refinería o esenciales de la industria del petróleo; por lo que le asiste razón al A quo en no aplicar lo consagrado en el art. 1 del Decreto 284/1957 para trabajadores del sector de hidrocarburos, circunstancia que imposibilita acceder a la solicitud del demandante respecto de este ítem.

¹ A la luz de lo anterior, en ningún dislate de valoración incurrió el Tribunal al sostener que Naviera Fluvial Colombiana S.A. es una empresa que se dedica a la explotación de la industria del transporte en general, pues así lo consagra el certificado de cámara de comercio transcrito al establecer que se dedica al ramo «de la industria del transporte acuático, mediante la conducción de mercancías, combustibles, semovientes, correos y en general, cualquier clase de bien mueble». Según esto, la sociedad está habilitada para movilizar cualquier clase de bienes y cosas, tales como alimentos, correos, cargas industriales, entre otros.

En este sentido, la Naviera Fluvial Colombiana S.A. así como puede prestar servicios de transporte de hidrocarburos a Ecopetrol, también puede movilizar otro tipo de bienes en favor de otras empresas pertenecientes a otros sectores industriales. Indudablemente esta circunstancia hace que la esencia, es decir, lo que caracteriza o distingue la actividad principal de la compañía demandada, sea el transporte público de bienes y cosas en general, y no su subproceso de transporte de combustibles, en particular.

Del despido Indirecto.

El demandante afirma que presentó renuncia al cargo de conductor que ocupaba desde el 23 de abril de 2013, debido a la presión *"horrible ejercida por la empresa para suscribir un nuevo contrato de trabajo el cual desmejoraba sus condiciones salariales"* (hecho 62 y 63), a la presunta persecución laboral del cual fue víctima, lo que motivó su renuncia y lo cual considera se constituye como despido indirecto.

A efectos de determinar si existió despido indirecto o renuncia motivada, La Sala precisa recordar lo previsto en el art. 167 del CGP, el cual impone al promotor del proceso la carga de probar los hechos en que fundamenta sus pretensiones, para ello se hace necesario citar la sentencia con radicado 13648 del 06 de abril de 2001 proferida por la SL CSJ, en la que estableció la diferencia entre renuncia Inducida o sugerida y el despido indirecto: *"Debe precisarse inicialmente, ante la evidente confusión del Tribunal, que los conceptos "renuncia inducida o sugerida" y el "despido indirecto o auto despido", son totalmente independientes y con caracteres bien definidos. En el primero de los eventos señalados, la libre y espontánea voluntad del trabajador encaminada a obtener el rompimiento del vínculo contractual, a que debe obedecer toda renuncia, se encuentra viciada por actos externos, tales como la fuerza o el engaño. No se requiere, en este caso, que a la terminación del contrato el trabajador manifieste los verdaderos motivos que lo inducen a renunciar; pero, en el eventual proceso sí tiene la carga de demostrar que su voluntad estuvo viciada al momento de romper el vínculo contractual por una cualquiera de estas conductas asumidas por el empleador. En cambio, el auto **despido o despido indirecto obedece a una conducta consciente y deliberada del trabajador** encaminada a dar por terminada la relación contractual, por su iniciativa, **pero por justa causa contemplada en la ley, imputable al empleador...**"*. (Negrita fuera de texto)

Dicho lo anterior, del material probatorio aportado se tiene que no se acreditó la desmejora salarial alegada por el demandante y mucho menos que su renuncia haya obedecido al no pago de las horas extras o por cambios de ruta realizados por la empresa en aras de afectar el salario del actor, pues como ya se indicó el demandante no se preocupó si quiera individualizar las horas ni los días en los que ejecutó actividades fuera de su jornada ordinaria, como tampoco en que se hayan modificado las condiciones salariales que inicialmente fueron pactadas en el contrato de trabajo donde se acordó como remuneración la suma de \$800.000, los cuales fueron cancelados por la demandada durante toda la vinculación laboral conforme se advierte de los comprobantes de nómina que obran a folios 201 vto a 222, en los que se evidencia que la asignación salarial fue el valor ya indicado, y al que le fueron

efectuados las deducciones de Ley, sin que se encuentre en ninguno de los desprendibles una desmejora o diferencia que permita concluir que la renuncia de SARMIENTO APONTE haya sido por falta de pago de la convocada a juicio.

Trabajo suplementario.

Persigue la parte actora la reliquidación de las acreencias laborales teniendo en cuenta lo que realmente devengaba en virtud del trabajo suplementario, y para ello describe que laboraba en turnos dentro de las horas señaladas por su empleador, en las que se incluían todo tipo de horarios propios del transporte de tractomula como sábados, domingos y festivos a cualquier hora (hecho 6).

En ese orden y previo a abordar el análisis del caso, recuerda La Sala el mismo principio anterior, consistente en que incumbe al trabajador de acuerdo a los principios que rigen la carga de la prueba - artículo 167 CGP, demostrar que realizó las labores fuera de la jornada legal o la acordada con el empleador, pues conforme dicho principio quien afirma una situación está obligado a demostrarlo, sin que para el asunto sea suficiente aportar cualquier medio probatorio, pues para declarar el trabajo suplementario, este tiene que estar lo suficientemente acreditado para que genere en el Juzgador la convicción requerida y así proferir una sentencia acorde a la realidad procesal. Al respecto, la SL CSJ en sentencia SL 1064-2018, recordó que respecto al trabajo suplementario o de horas extras, es ineludible demostrar la real y efectiva prestación del servicio en el lapso reclamado para que proceda su reconocimiento, **pues no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias** para determinar el número probable de las horas que se estimen trabajadas (CSJ SL9318-2016)². Así una vez explicado en que consiste el trabajo suplementario, procede La Sala a estudiar el material probatorio recaudado.

El **representante legal de la demandada TRANSPORTES LÍQUIDOS DE COLOMBIA TLC S.A.**, adujo que al demandante le fueron canceladas las horas extras trabajadas, indicó que en ningún momento se le desmejoraron las condiciones de trabajo, no existieron actos de persecución laboral contra el actor y no conoce cuál era el porcentaje que se le pagaba al actor por flete.

En **el interrogatorio de parte LIBARDO SARMIENTO APONTE**, manifestó que la empresa le cancelaba una suma de dinero como anticipo de viaje que no cubría

² "Aquí, es importante recordar, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas...".

la totalidad de los gastos de gasolina, parqueadero entre otros, dijo no le pagaban completo el salario pues le efectuaron descuentos sin justificación, no le cancelaron correctamente las acreencias laborales y que su función principal era transportar crudo de propiedad de Ecopetrol.

Descendiendo al objeto en controversia es de precisar que el demandante en ninguno de los 65 hechos de la demanda siquiera individualiza cuando trabajó tiempo adicional al de la jornada legal y por cuantas horas en cuales días, la única aproximación que hace es la relacionada con el horario donde asevera que laboraba en turnos establecidos por la pasiva, los cuales podían ser asignados los sábados, domingos o festivos a cualquier hora del día, y al afirmar que la compañía al momento de la liquidación del contrato de trabajo no incluyó las horas extras trabajadas, no obstante el indicar de manera abstracta el supuesto tiempo laborado fuera de la jornada ordinaria, no cuenta con la fuerza suficiente para acreditar el trabajo suplementario en los términos decantados por la jurisprudencia y que aquí se reclaman, pues no se aportó si quiera la programación de viajes, el registro de entradas y salidas o cualquier medio de prueba a fin de soportar una condena en torno a este ítem. En ese orden, se colige que también le asiste razón a la juez al indicar que SARMIENTO APONTE no demostró que cumplió una jornada suplementaria a la ordinaria contratada o diferente, en consecuencia, ante la falta de claridad sobre el número de horas y el número de días en que aduce el demandante trabajó y la falta de comprobación sobre este tópico, se imposibilita reliquidar las prestaciones sociales a favor del demandante.

Puestas, así las cosas, al no prosperar la pretensión principal relacionada con el trabajo suplementario perseguido, en el asunto al depender de estas la reliquidación de las prestaciones sociales y la sanción moratoria, La Sala se releva de su análisis por improcedente y **CONFIRMA** la sentencia consultada

COSTAS: Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN

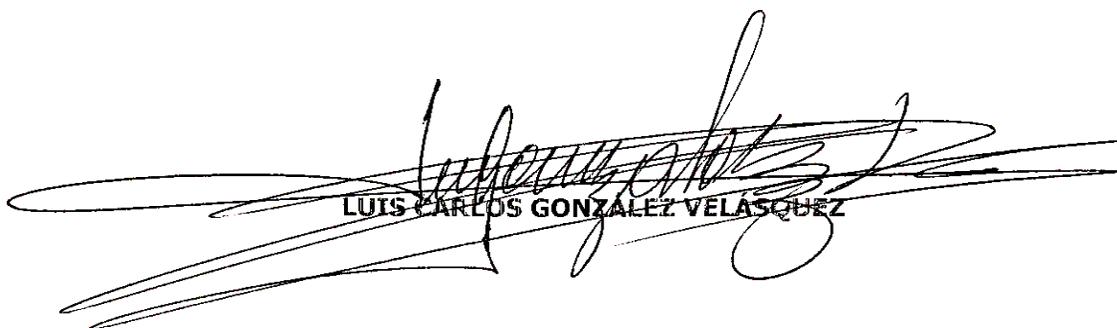
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto aboral del Circuito de Bogotá el día 15 de febrero de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Sin costas en la alzada por tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

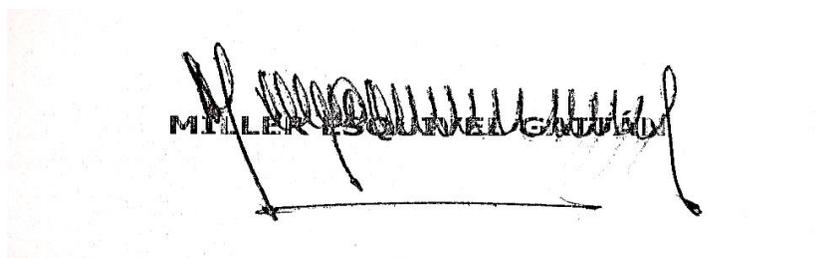
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PATRICIA ARAQUE ARAQUE CONTRA
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y
PORVENIR S.A. Rad. 2018 00014 01 Juz 34.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

PATRICIA ARAQUE ARAQUE demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a PORVENIR S.A., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 48 y 49.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de los aportes.
- Uso de facultades ultra y extra petita.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 49 y 50. Nació el 16 de marzo de 1962. Inició sus aportes al ISS donde cotizó hasta el año 1999, data en la que se trasladó a la AFP PORVENIR, momento en el que no se le brindó información suficiente y clara de las ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes y tampoco se le efectuó una proyección pensional para que tomará la decisión que más le convenía. En el año 2017, solicitó a las demandadas la nulidad del traslado de régimen pensional, peticiones a las que no se accedió.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, en los términos del escrito visible en fls. 68 a 79.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación al ISS, la solicitud de nulidad del traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; error de derecho no vicia el consentimiento, inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y genérica.

La **AFP PORVENIR** contestó en los términos del escrito visible a folios 108 a 115.

- Se opuso a las pretensiones.
- Respecto a los hechos aceptó; la fecha de nacimiento, la afiliación a esa AFP, la petición de nulidad de traslado y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; 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.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado realizado por la demandante al RAIS efectuado el 29 de noviembre de 1999, a través de la afiliación a PORVENIR S.A. Condenó a la AFP Porvenir a reintegrar a Colpensiones todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de ARAQUE ARAQUE, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con sus frutos o intereses o rendimientos que se hubieren causado y a Colpensiones le ordenó recibirlos. Llegó a esa determinación al constatar que, si bien se acreditó la existencia del traslado, este no fue libre ni informado conforme lo previsto en el literal b del art. 13 de la Ley 100/93, pues Porvenir solo aportó como prueba de la información brindada al momento del traslado, el formulario de vinculación, documento que no es suficiente para demostrar que se le haya indicado a la demandante las condiciones y consecuencias del traslado de régimen pensional. Indicó que PATRICIA ARAQUE no contó con información objetiva, comparada y suficiente, como quiera que no se le pusieron de presente las ventajas y desventajas

que acarrearía la decisión de cambio, recalcó que la solicitud de afiliación solo es un formato preimpreso que no representa el consentimiento informado de la afiliada según lo expresado por la jurisprudencia de la CSJ. Señaló que Porvenir no aportó ninguna prueba que acreditara el cumplimiento al deber de información que le asiste desde la entrada en vigencia del sistema general de pensiones, ya que la información que debió entregarse al momento de la afiliación a esa AFP debió ser detallada, comparada y transparente, teniendo en cuenta la situación real de la demandante, circunstancias que conllevan a declarar la nulidad del traslado del RAIS al RPM. Respecto a la excepción de prescripción propuesta por las demandadas, la declaró no probada por cuanto la declaratoria e ineficacia del traslado de régimen al estar estrechamente ligada con un derecho pensional, es imprescriptible.

Recurso de Apelación.

La **AFP PORVENIR**, manifestó que no es procedente la devolución de los gastos de la aseguradora, como quiera que el 1.5% se destinó al fondo de garantía mínima, deducción que tiene un mandato legal en beneficio de la afiliada. Indicó que, en caso de confirmarse la decisión, tampoco es dable la devolución de los gastos de administración ya que estos están autorizados por el art. 20 de la Ley 100/93 y los rendimientos causados en la cuenta de ahorro individual de la demandante obedecieron a la gestión de la administradora. En cuanto al reintegro de las sumas por concepto de seguros previsionales, adujo que estos valores ya fueron pagados a terceros y no se encuentran en las arcas de la AFP, además que los mismos fueron deducidos con el fin de cubrir a la demandante de cualquier siniestro por invalidez o muerte, por lo que su devolución generaría un detrimento patrimonial a la administradora y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones y pide no ser condenada en costas.

COLPENSIONES, solicita se revoque la decisión, como quiera que no es dable exigirle a la AFP el cumplimiento al deber de información, pues este nació con la Ley 1478/14, por lo que para 1999 data para la cual la actora se trasladó a Porvenir, los fondos no estaban obligados a brindar información detallada, ya que solo se requería el consentimiento de la afiliada vertido en el formulario de vinculación. Adujo que la inconformidad de la afiliada recae únicamente en el monto de la mesada pensional que se le reconocería en el RAIS, circunstancia que no es óbice para declarar la nulidad del traslado y en caso de concederse el retorno de la demandante al RPM se descapitalizaría el fondo común del régimen que administra Colpensiones, máxime cuando no cumple con los requisitos señalados en la sentencia SU 062/10 para permitir su retorno al RPM en cualquier tiempo, por lo que tal decisión atentaría contra el principio de equidad y eficiencia pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio.

Parte demandada:

AFP PORVENIR; no se pronunció en esta etapa procesal.

COLPENSIONES; manifestó que no es procedente declarar la nulidad del traslado, como quiera que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797/2003, aunado a que en el asunto no se probó la existencia de vicios del consentimiento para que el cambio de régimen fuese ineficaz, ya que la actora manifestó su decisión de vincularse al RAIS con la suscripción del formulario el cual acredita su consentimiento informado. De forma subsidiaria y en caso de confirmarse la decisión, pide se condicione el cumplimiento de la decisión hasta tanto Porvenir no traslade la totalidad de los dineros que reposan en la cuenta de ahorro individual de ARAQUE ARAQUE incluidos los gastos de administración.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de la nulidad o ineficacia del traslado de régimen de la demandante, la devolución de los gastos de administración y la condena en costas a Porvenir.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la reclamación de fecha 8 de septiembre de 2017 (fls. 5 a 7), en el que solicitó el retorno al RPM con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra adscrita al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se

trasladó desde el 29 de noviembre de 1999 cuando solicitó su vinculación a PORVENIR, según formulario que reposa a folio 117. En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó RAIS, ya que cuando tomo tal decisión no se le suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, si bien la actora el 29 de noviembre de 1999 diligenció una solicitud de vinculación a PORVENIR (fl. 117), con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la promotora del proceso, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión **libre, voluntaria e informada** de la afiliada. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia al momento del traslado, es que la AFP suministre información **veraz, suficiente y clara** en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones (en este caso PORVENIR) demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico que claramente puede ocasionarle un perjuicio irremediable a la demandante en su futuro pensional, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estripar la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PORVENIR), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020³, SL4373-2020, SL1688-2019⁴), pues le corresponde a la AFP demostrar que le informó a PATRICIA ARAQUE entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁵, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *Corresponde a la administradora del fondo de pensiones demostrar la diligencia, cuidado y buena fe en el cumplimiento del deber de información y su acreditación no al afiliado.*

⁴ *Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto.*

⁵ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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.

También es importante precisar que la administradora debe probar el cumplimiento al deber de información al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre ha existido** (SL1452-2019⁶), por lo que no es dable entender que este solo nació con la expedición de la Ley 1748/14 y el Decreto 2071/15 como lo afirma la apoderada de Colpensiones, porque tal como lo ha expresado en su reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, tal obligación ha estado vigente desde la expedición del sistema general de pensiones, por lo que en el asunto es evidente que a la demandante no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la afiliación con la AFP, y es por ello que solo hasta el momento en se encontró a puertas de alcanzar la edad para solicitar su reconocimiento pensional, fue que evidenció que no conocía de las verdaderas consecuencias que le había acarreado su decisión de cambio de régimen.

Ahora, es de advertir que la nulidad se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a FRANCY CECILIA BERNAL entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante supera o no los requisitos para retornar al RPM en cualquier tiempo (SU 062/10) como lo señala Colpensiones, pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: "*Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente **con un derecho consolidado**, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni*

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

⁶ Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.

la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones”. (Subrayado fuera de texto).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

En cuanto a la devolución de los gastos de administración, seguros previsionales y porcentaje de garantía mínima, es de recordar que el efecto de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional implica que el fondo pensional del RAIS devuelva los aportes por pensión, los rendimientos financieros, los gastos de administración y comisiones por seguros, estando estos dos últimos con cargo a sus propias utilidades, pues así lo ha precisado la reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Así las cosas, ante la declaratoria de ineficacia del acto de traslado, la decisión de la juez de ordenar a PORVENIR S.A. devolver los gastos de administración, resulta acertada y acorde con la jurisprudencia aplicable al caso, y como PORVENIR es la actual administradora de la cuenta de ahorro individual de la demandante, es la llamada a asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas al capital destinado para la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentra incluidos los dineros descontados por concepto de administración, sumas destinadas a cubrir los seguros previsionales, rendimientos financieros, comisiones y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL 2877, SL 2611-2020⁷SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989) sin que este le genere un

⁷ *"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó: [...] "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*

enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, ya que se le está obligando a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo período.

Frente a la descapitalización y afectación del principio de equidad y eficiencia pensional alegado por Colpensiones, es precisamente la viabilidad de la orden de devolver los aportes y los rendimientos que tenía la actora en su cuenta individual y los gastos de administración, impartida en contra de la AFP PORVENIR, en virtud de la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen, la que trae como consecuencia que se deba transferir a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., sin que resulte valedero el argumento de Colpensiones consistente en que la orden atenta contra la estabilidad financiera de la entidad.

Finalmente, en lo que respecta a la condena en costas alegadas por PORVENIR, basta con acudir a lo dispuesto en el art. 365 del CGP numeral 1º, para advertir que la condena en costas se impone a la parte vencida en el proceso, sin que esta sea la oportunidad procesal pertinente para atacar y estudiar su cuantía.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

DECISIÓN

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

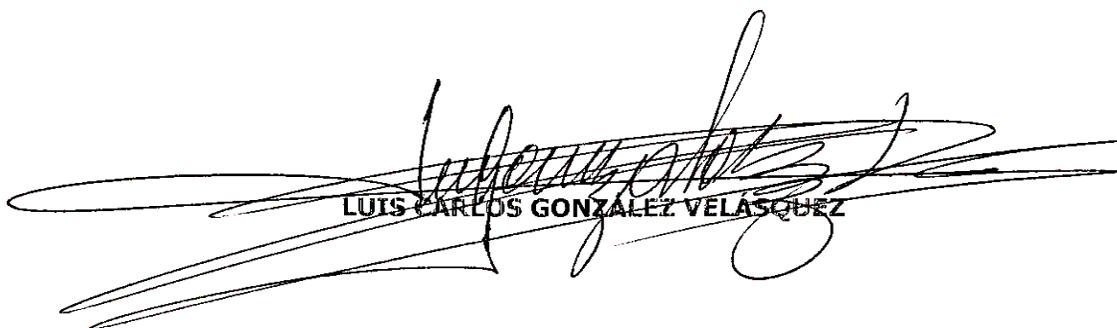
la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado. "Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá el día 1 de octubre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de cada una de las recurrentes. Fíjense la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$908.526) como agencias en derecho, para cada una de las apelantes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE VIRGINIA HOYOS COLLAZOS CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2018 00279 - 01 Juz. 01.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días del mes de septiembre de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

VIRGINIA HOYOS COLLAZOS demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y a la **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 3 y 4.

- Nulidad e ineficacia del traslado de régimen.
- Beneficiaria del régimen de transición.
- Traslado de aportes.
- Reconocimiento y pago de pensión de vejez Art. 1 de la Ley 33/85.
- Indexación.
- Perjuicios morales (100 SMLMV).
- Intereses moratorios.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas y agencias en derecho.

Los hechos se describen a folios 5 a 8 (demanda) y 118 a 121 (subsanción). Nació el 11 de diciembre de 1951, laboró en la Secretaría distrital de salud desde el 15 de julio de 1981, estuvo afiliada a la Caja de previsión distrital (FAVIDI) hasta el 30 de diciembre de 1995. El 1 de enero de 1996, se trasladó al ISS, en dicha entidad cotizó hasta el 20 de enero de 2002, fecha en la que se produjo su retiro definitivo, adujo que es beneficiaria del régimen de transición establecido en el Art. 36 de la Ley 100/93 en razón a que a la

fecha de entrada en vigencia de la Ley contaba con 42 años, por lo que al cumplir el requisito de tiempo de servicio (más de 20 años) y edad (55 años) consolidó el derecho a optar por la pensión de jubilación contemplada en la Ley 33 de 1985. El 29 de enero de 1999, se trasladó al RAIS administrado por la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., momento en el cual se omitió brindarle información completa y clara sobre las consecuencias del traslado, ventajas, desventajas y posteriores prohibiciones de dicha decisión. Se realizaron proyecciones pensionales en ambos regímenes teniendo en cuenta sus condiciones, arrojó una mesada pensional en el RPM de \$4.636.022, mientras que en el RAIS le manifestaron que no podía pensionarse por no haber ahorrado el capital suficiente. Sostuvo que luego de suscribir el formulario presentó solicitud de retracto ante su empleador, sin embargo por temas administrativos cotizó 5 meses a ambos regímenes, momento en el cual cesaron los descuentos a favor de la AFP y continuaron a favor del ISS, por lo que entendió que su solicitud de retracto había sido aceptada. El 31 de octubre de 2006, radicó escrito en HORIZONTE hoy PORVENIR en el que explicó que mediante engaños había sido afiliada a dicho fondo y que había presentado derecho de retracto en tiempo, por lo que tuvieron como no activa la mencionada afiliación, de lo cual la respuesta recibida fue que se presentaba un conflicto de múltiple vinculación, por lo que le indicaban que a partir del momento quien iba a administrar sus aportes era HORIZONTE hoy PORVENIR. El 3 de enero de 2007, solicitó ante el ISS reconocimiento del derecho pensional, ya que contaba con 55 años de edad, además de 20 años y 7 meses de servicio, solicitud rechazada por el Instituto de Seguros Social bajo el argumento de que había suscrito formulario de afiliación con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. y había realizado 5 cotizaciones al RAIS, decisión confirmada con posterioridad. Presentó solicitud nuevamente ante COLPENSIONES para proceder con el traslado, la cual fue despachada desfavorablemente.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visible a fls. 212 a 232.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó lo relativo a la no causación del derecho a la pensión en el RAIS, radicación de escrito donde solicitó desafiliación automática del RAIS y su respuesta.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a fls. 245 a 261.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, inicio y final de aportes realizados a FAVIDI y el traslado al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; 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 genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante al RAIS. Ordenó a PORVENIR S.A. a realizar el traslado de todos los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la accionante a COLPENSIONES, junto con todos los rendimientos financieros a que haya lugar, el bono pensional y los gastos de administración, todo indexado. Declaró la existencia del derecho pensional de vejez a favor de la demandante y como consecuencia condenó a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante pensión vitalicia de jubilación, conforme lo establecido en el Art. 1 de la Ley 33 de 1985, determinando el IBL con el promedio del IBC de los últimos diez años, mesada a reconocer a partir del 11 de diciembre de 2006 la cual debe incrementarse anualmente conforme al IPC certificado por el DANE, como también a pagar las mesadas pensionales ordinarias y la adicional de diciembre liquidada desde el 11 de diciembre de 2006, así como al retroactivo indexado. Absolvió a COLPENSIONES de los intereses moratorios, le autorizó a realizar los descuentos con destino al subsistema de seguridad social en salud del retroactivo y de las subsiguientes mesadas pensionales y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones. Llegó a esta determinación luego de corroborar que a la demandante se le brindó una información incompleta al momento de su traslado al RAIS, que formalizó su derecho de retracto y nunca dejó de cotizar en el fondo público, por lo que se entiende que no perdió su beneficio del régimen de transición del cual goza en virtud del Art. 1 de la Ley 33/1985, por lo que su derecho pensional de vejez se consolidó a partir del 11 de diciembre de 2006, y es por ello que COLPENSIONES debe reconocer y pagar las mesadas pensionales a las que haya lugar desde esa data. Consideró que no hay lugar al pago de intereses moratorios, como quiera con la declaratoria de la ineficacia del traslado en la sentencia se consolidó también el derecho pensional, pero sí reconoció la indexación de las sumas teniendo en cuenta la pérdida de valor adquisitivo de dichas sumas (mesadas pensionales).

Recurso de Apelación.

PORVENIR: argumentó que el traslado a la AFP COLPATRIA fue válido conforme a la normativa vigente para el momento, la cual permitía brindar una asesoría verbal y cuyo soporte era el diligenciamiento del formulario preimpreso, por lo que no hay lugar a declarar una ineficacia de traslado por no cumplir con normativas posteriores. Por otra parte, indicó que en caso de confirmar la decisión de primera instancia, se absuelva de la devolución de los gastos de administración, por ser valores ya causados que no reposan en las arcas de la AFP, además, teniendo en cuenta que por fusión la demandante estuvo previamente en COLPATRIA y HORIZONTE dichos valores ya fueron causados en su momento y son producto de una buena gestión de administración en cabeza de las AFP disueltas y de PORVENIR que fue quien las sustituyó. Hizo mención al artículo 1746 del C. Civil (restituciones mutuas) e indicó que si todo se vuelve a su estado inicial tampoco deberían entregarse los rendimientos causados por la buena gestión de su AFP.

COLPENSIONES: sostuvo que el traslado al RAIS fue válido, que no existió ningún vicio del consentimiento y que no se puede declarar que es beneficiaria de la pensión de vejez hasta tanto reciban todos los aportes del fondo privado para efectuar los cálculos correspondientes y allí si decretar la ocurrencia de la pensión, por lo que solicitó la revocatoria de lo atinente a la pensión.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante; indicó que no fue informada por parte de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR sobre las consecuencias del traslado de régimen, máxime cuando era beneficiaria del régimen de transición. Recalcó que la AFP no le realizó ninguna proyección pensional y solo hasta el momento en que solicitó el reconocimiento pensional a Porvenir, conoció que no le asistía derecho a la pensión ya que no contaba con el capital suficiente, circunstancias que demuestran no solo la falta de la administradora si no el perjuicio que le ocasionó a la actora la falta de asesoría al momento del cambio de régimen.

Parte demandada;

PORVENIR: adujo que el A quo paso por el alto que el traslado de régimen fue valido, en la medida que cumplió con todas las obligaciones que le eran exigibles para el momento del cambio, por lo que la inconformidad de la actora respecto del RAIS no puede ser el monto de la mesada pensional, ya que la demandante al momento de suscribir el formulario aceptó conocer las características del régimen de ahorro individual con

solidaridad. Pide no se ordene la devolución de la comisión de administración, ya que estas sumas están autorizadas por la Ley.

COLPENSIONES: manifestó su desacuerdo con la decisión, al considerar que no es viable declarar la nulidad del traslado al no probarse la existencia de vicios del consentimiento y pide no se acceda al reconocimiento pensional pues quien debe estudiar la prestación es la AFP a la que la demandante se encuentra afiliada en este caso, Porvenir.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, la devolución de los gastos de administración y el reconocimiento de la pensión de vejez al ser beneficiaria del régimen de transición.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folio 140, contentiva del derecho de petición radicado el 23 de marzo de 2018, donde solicitó la nulidad de traslado y la transferencia de aportes desde la AFP PORVENIR, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLPATRIA, convertida posteriormente en HORIZONTE y actualmente en PORVENIR S.A. (fl. 233) cuando diligenció formulario de afiliación el 30 de enero de 1999, afiliación que se encuentra vigente.

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP COLPATRIA, posteriormente convertida en HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que

accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 30 de enero de 1999 (fl. 233), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado en su interrogatorio por HOYOS COLLAZOS, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario **no es suficiente** para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones

¹ Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;*
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;*
- c) Nombre y apellidos del afiliado;*
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;*
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;*
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.*

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Quando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso COLPATRIA hoy PORVENIR S.A.), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL3034-2021³, SL3035-2021), a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos, como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento.

Nada de lo anterior demostró la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR S.A. ya que se limitó a manifestar que la accionante diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y si bien ésta AFP manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante la suficiente información donde explica algunos de los beneficios del régimen, se demuestra que la entidad no suministró a la demandante un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, la posibilidad de perder su condición de beneficiaria del régimen de transición, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, más aun cuando le faltaban solo 10 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de la permanencia en el

³ *"Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información, puesto que invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual es un despropósito, cuando son las entidades financieras quienes tienen ventaja frente al afiliado inexperto"*

⁴ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

tiempo en el RAIS, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad o de su permanencia en el mismo.

De otra parte es de advertir que con la decisión de declarar la ineficacia del traslado de régimen no se afecta el principio de la sostenibilidad financiera a Colpensiones, pues éste se garantiza con la orden de reintegrar todas las sumas de dinero que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-20206) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que se reitera implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-20207, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional, impartida en contra de la AFP PORVENIR, es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, ante lo cual la AFP deberá transferir a COLPENSIONES todo concepto que recibió y/o descontó en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados por concepto de administración y seguro previsional, sin que resulte valedero el argumento de que este se origina en una disposición legal, pues por el contrario no haberlo hecho legitima aún más tal condena, ya que se está obligando a esa entidad (COLPENSIONES) a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo, por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

"Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

Ahora, es de precisar que si bien la AFP PORVENIR no tuvo injerencia directa en el traslado de régimen que efectuó la accionante, pues en esa época el traslado se efectuó con la AFP COLPATRIA, y era a esta entidad a la que le asistía la carga de probar que suministró información veraz y suficiente, como la ineficacia del acto inicial de traslado de régimen afecta al fondo en el cual se encuentra afiliada actualmente la accionante, y teniendo en cuenta que la AFP COLPATRIA fue fusionada por HORIZONTE, la cual posteriormente fue asumida por la AFP PORVENIR, es esta última quien debe asumir las consecuencias de no verificar la legitimidad de los traslados de los afiliados a quienes recibió dada la fusión de los anteriores fondos privados.

En cuanto a la aplicación de los efectos del artículo 1746 del Código Civil y las restituciones mutuas solicitado por PORVENIR ya la SL CSJ en diferentes pronunciamientos ha precisado que cuando se declara la ineficacia del traslado de régimen pensional este debe entenderse como si nunca hubiera ocurrido y en ese orden se tiene que deducir que el afiliado nunca se cambió al RAIS, así se precisó en la sentencia SL SL3464-2019, en la que se lee:

"Ahora bien, como el precepto que gobierna las restituciones mutuas en el régimen de nulidades es el artículo 1746 del Código Civil y este por analogía es aplicable a la ineficacia, la Sala se apoyará en él para dilucidar el problema planteado:

La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre objeto o causa ilícita.

Según este artículo, declarada la ineficacia, las partes, en lo posible, deben volver al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto de afiliación. O, dicho de otro modo, el propósito es retrotraer la situación al estado en que se hallaría si el acto no hubiera existido jamás, es decir con ineficacia ex tunc (desde siempre).

En la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción de que el mismo nunca ocurrió. Luego si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues estos recursos, desde el nacimiento del acto ineficaz, han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones" (CSJ SL 31989, 9 sep. 2008, CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019 y CSJSL1688-2019).

Pensión de vejez

La actora pretende el reconocimiento de su pensión de vejez, la cual fue concedida por el juzgador de primera instancia a la luz del Art. 1 de la Ley 33/1985, en concordancia con el Art. 36 de la Ley 100/1993, el cual dispone:

"LEY 33/1985: ARTÍCULO 1º.- El empleado oficial que sirva o *haya servido veinte (20) años continuos o discontinuos y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55)* tendrá derecho a que por la respectiva Caja de Previsión se le pague una pensión mensual vitalicia de jubilación equivalente al setenta y cinco por ciento

(75%) del salario promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicio.

PARÁGRAFO 1º. Para calcular el tiempo de servicio que da derecho a la pensión de jubilación o vejez, solo se computarán como jornadas completas de trabajo las de cuatro (4) o más horas diarias. Si las horas de trabajo señaladas para el respectivo empleo o tarea no llegan a ese límite, el cómputo se hará sumando las horas de trabajo real y dividiéndolas por cuatro (4); el resultado que así se obtenga se tomará como el de días laborados y se adicionará con los de descanso remunerado y de vacaciones, conforme a la ley."

"LEY 100/1993: ARTÍCULO 36. Régimen de Transición. 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 2 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 35 o más años de edad si son mujeres o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más 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.

El ingreso base para liquidar la pensión de vejez de las personas referidas en el inciso anterior que les faltare menos de diez (10) años para adquirir el derecho, será el promedio de lo devengado en el tiempo que les hiciera falta para ello, o el cotizado durante todo el tiempo si éste fuere superior, actualizado anualmente con base en la variación del índice de precios al consumidor, según certificación que expida el DANE. Sin embargo, cuando el tiempo que les hiciera falta fuere igual o inferior a dos (2) años a la entrada en vigencia de la presente Ley el ingreso base para liquidar la pensión será el promedio de lo devengado en los dos (2) últimos años, para los trabajadores del sector privado y de un (1) año para los servidores públicos.

PARÁGRAFO. Para efectos del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata el inciso primero (1º.) del presente artículo se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas con anterioridad a la vigencia de la presente Ley, al Instituto de

Seguros Sociales, a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público o privado, o el tiempo de servicio como servidores públicos cualquiera sea el número de semanas cotizadas o tiempo de servicio.”

Teniendo en cuenta lo anterior, efectivamente la demandante cumplió con los requisitos normativos solicitados, porque acreditó los 20 años de servicio en entidad pública conforme se registra en formulario adjunto emitido por la secretaria de salud de Bogotá, donde se acredita que la accionante trabajó en el ESE SAN CRISTOBAL desde el 15 de julio de 1981 hasta el 31 de diciembre de 2001 (fl. 161) y cumplió sus 55 años el 11 de diciembre de 2006, y teniendo en cuenta la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen cumpliría lo dispuesto para ser beneficiaria del régimen de transición y mediante dicho régimen acceder a su pensión vitalicia de vejez.

Sin embargo, cabe aclarar que si bien la demandante en la actualidad cuenta los 20 años de servicio acreditados conforme la certificación de información laboral expedida por la secretaria de salud de Bogotá (fl. 161), solo el tiempo de servicio que se convertirán en semanas cotizadas para acceder a la prestación de vejez en el RPM, se acreditará una vez sean transferidos los aportes realizados ante el RAIS, lo que conlleva que no le asista obligación alguna a **COLPENSIONES** en el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, hasta tanto la AFP PORVENIR efectúe el traslado de los aportes, además que esta particular situación impide la liquidación de la mesada pensional. Por lo anterior, una vez **COLPENSIONES** reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante incluyendo los respectivos rendimientos, así como lo descontado por concepto de gastos de administración, deberá proceder con el estudio del reconocimiento del derecho pensional conforme a la normativa aplicable para el caso.

Resultan suficientes los anteriores argumentos para **REVOCAR PARCIALMENTE** los numerales atinentes al reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – REVOCAR los numerales **CUARTO, QUINTO, SEXTO y OCTAVO** de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** una vez reciba los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante proceda con el estudio del reconocimiento del derecho pensional.

SEGUNDO. – CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá el día 18 de marzo de 2021, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO.- COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Fíjense la suma de 1 SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho a cargo de cada una de las recurrentes.

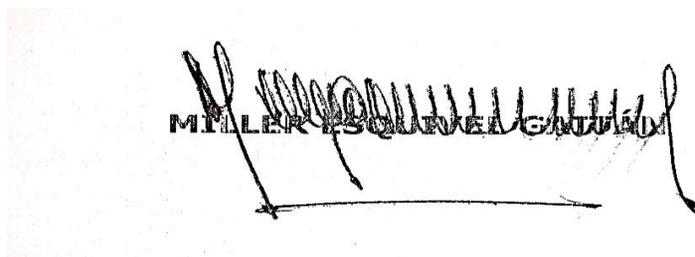
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GUTIERREZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ORDINARIO DE FANNY CECILIA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ CONTRA ITAÚ COMISIONISTA DE BOLSA S.A. RAD. 2018 00505 01 JUZ. 25.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de septiembre dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

FANNY CECILIA GONZÁLEZ RODRÍGUEZ demandó a ITAÚ COMISIONISTA DE BOLSA S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas en la demanda a folios 9 a 10.

- Despido ilegal y sin justa causa.
- Reintegro.
- Salarios.
- Cesantías.
- Intereses a las cesantías.
- Prima de servicios.
- Vacaciones.
- Pago de aportes al sistema de seguridad social integral.
- Pago de retroactivo de prestaciones sociales a partir del año 2009 con base en el salario realmente devengado.
- Indexación.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 4 a 9. El 19 de mayo de 2003 se vinculó a HELM COMISIONISTA DE BOLSA, hoy ITAÚ COMISIONISTA DE BOLSA COLOMBIA S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de directora de contabilidad. Desde el mes de agosto de 2009, se acogió a la modalidad de salario integral pese a que la remuneración mensual pagada era inferior a lo exigido por la Ley, hecho que afectó el ingreso base sobre el cual la demandada efectuaba el pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social integral. En el año 2013, el Banco Corpbanca se fusionó con Helm Comisionista de Bolsa y se creó un producto denominado banca de inversión que paso a ser parte de la firma comisionista. En el mes de julio de 2015, al realizar la revisión de los estados financieros, la demandante evidenció que el valor de los ingresos

había aumentado de manera significativa a raíz de la banca de inversión y que el valor de las cuentas por cobrar correspondía al 50% de los ingresos. Por lo anterior, la actora convocó a una reunión al área jurídica y contable del banco para definir el manejo que se le debía dar al mencionado negocio. En la reunión se decidió realizar un acuerdo de nivel de servicios- ANS, entre banca de inversión y Helm Comisionista de Bolsa, el acuerdo fue enviado para su respectiva revisión, sin embargo, el manejo del ANS era informal y por ende, la demandante procedió a enviar correos electrónicos a través de los cuales hacía énfasis en múltiples observaciones de hechos que suponían graves faltas contra la legislación contable y su ejercicio ético-profesional como contadora pública. Dentro de las irregularidades, se observaba la solicitud de emisión de facturas sin la autorización del cliente por parte de los asesores comerciales.

Los conceptos de las facturas emitidas eran comisiones por compra de cartera, colocación de recursos, entre otros conceptos que no eran adecuados dado que la firma comisionista no era una entidad financiera para ingresar recursos en el mercado, pues este era el objeto social del banco. La demandante no estaba de acuerdo con la forma de facturación, descontento que había sido reiterado y expresado en las reuniones con el equipo de trabajo, situación que puso de presente ante la vicepresidencia financiera del banco y el gerente de la firma inversionista. En razón a las inconformidades de la extrabajadora, los asesores comerciales del banco se dirigían con el gerente de contabilidad con el fin de que autorizar la anulación de las facturas. El 24 de noviembre de 2015, el revisor fiscal y gerente de la auditoría encargado para Helm solicitó soportes que justificaran los ingresos por asesorías de la Comisionista de Bolsa. De igual manera la actora comunicó los problemas presentados a la firma comisionista con los entes reguladores. La demandante tenía a su cargo la aprobación de los estados financieros y debía tomar decisiones respecto de la facturación bajo el cumplimiento de las normas legales, tributarias y contables. Para el cierre contable del año 2015, la revisoría fiscal solicitó las facturas como registro contable y los contratos firmados con los clientes. Reunidos los altos directivos del banco junto con la revisoría fiscal, decidieron firmar los estados financieros y emitir el dictamen sin salvedades. Consecuentemente, se siguieron manejando los estados financieros de manera inadecuada y la actora insistía en su desacuerdo e informar sobre el particular mediante correo electrónico. Todo esto generó en González Rodríguez una sensación permanente de zozobra, desmotivación y angustia ante un eventual despido por su oposición a los eventos que ocurrían en la empresa. Finalmente fue despedida sin justa causa el 16 de febrero de 2016, días después de su despido, Miryam Mancera le envió a través del correo electrónico personal, los estados financieros para que procediera a firmarlos. El 18 de marzo de 2016, la contactan de la empresa, informándole que los valores mencionados en los estados financieros referente a pasivos por impuestos a las ganancias son diferentes en los estados financieros individuales y consolidados. Al momento de la terminación del vínculo laboral, la demandante estaba a menos de 4 años para cumplir la edad mínima de pensión.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada dio contestación en los términos del escrito visible a fls. 108 a 125.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; el vínculo laboral, la fusión de Helm Bank con Corpbanca Invesment Valores y Helm Comisionista de Bolsa, el despido sin justa causa y la edad de la demandante al momento de la terminación del contrato de trabajo.
- Formulo como excepciones de mérito; cobro de lo no debido por inexistencia de causa y de obligación, improcedencia del reintegro, buena fe, prescripción y compensación.

Sentencia de primera instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia de fondo, en la cual absolvió a ITAÚ COMISIONISTA DE BOLSA S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación al advertir que la pasiva en uso de la facultad legal establecida en el artículo 64 del C.S.T., procedió a dar por finalizado el contrato sin justa causa con el consecuente pago de la indemnización prevista en la referida norma. De otra parte, resaltó que la demandante no ostentaba la condición especial de prepensionada, pues para la fecha del despido cumplía con la densidad de semanas mínimas para acceder a la pensión de vejez y solo le faltaba cumplir la edad exigida por la ley, requisito que depende del transcurso del tiempo, aun teniendo o no vínculo laboral vigente. Respecto a la remuneración y demás emolumentos cancelados a la actora, dijo que se acreditó que el mismo no correspondía a salario integral, como quiera que la extrabajadora percibía un salario básico mensual debidamente liquidado y cancelado junto con los beneficios no salariales que habían sido pactados de forma convencional con el empleador y declaró probadas las excepciones de improcedencia del reintegro y cobro de lo no debido por inexistencia de la causa y la obligación propuestas por la entidad bancaria.

Recurso de apelación

La parte demandante alega que tiene derecho al reintegro sin solución de continuidad, toda vez que se demostró con las pruebas documentales y las declaraciones escuchadas en el curso del proceso que el despido de la trabajadora obedeció a la presión y retaliaciones de sus superiores, con el fin de manejar la facturación interna de la comisionista acorde a sus intereses e incumpliendo la ley, hecho que motivó la terminación injusta del contrato de trabajo. Respecto al salario, se observa que las cotizaciones al sistema general de pensiones entre los años 2014 a 2016 no correspondían al salario realmente percibido, lo que constituye no solo una vulneración del derecho a la seguridad social sino una defraudación al sistema. Resalta que la remuneración recibida por la demandante no corresponde a un salario integral. Solicita se oficie a Colpensiones para que realice una simulación pensional en la cual proyecten un comparativo de la actual mesada pensional de la demandante con

la eventual pensión que podría haber recibido con base en las cotizaciones efectuadas sobre el salario realmente devengado.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: adujo en sus alegatos que en el asunto se probó mediante documentos, correos electrónicos y testimonios que el despido de la actora obedeció a la presión de los sus superiores respecto a la facturación interna del comisionista. Respecto a los salarios, indicó que la remuneración integral no correspondía a la prevista en la Ley pues su ingreso era inferior a la allí establecida, situación que afectó los aportes a pensión de la demandante, máxime cuando ostenta la calidad de pre pensionada.

Parte demandada: manifestó que la terminación del contrato de trabajo de la actora se terminó sin justa causa a quien le fue pagada la respectiva indemnización. Enfatizó en que GONZÁLEZ RODRÍGUEZ no es beneficiaria de ninguna protección constitucional, pues aunque alegue que ostenta la calidad de pre pensionada, lo cierto es que ya acredita las semanas requeridas, y solo estaba a la espera del cumplimiento de la edad, también manifestó que el salario percibido por la promotora del proceso no era integral, pues el cancelado a la misma estaba acorde a lo previsto en el art. 132 del CST, circunstancias por las que pide se confirme la decisión.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio el recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer la configuración del despido sin justa causa, la procedencia del reintegro y del pago del retroactivo de aportes al sistema general de seguridad social integral.

Terminación del contrato sin justa causa.

Por aceptado se tiene que el contrato de trabajo fue terminado de manera unilateral y sin justa causa, mediante carta de fecha 16 de febrero de 2016 (fl. 67). Ahora, indica la parte demandante que el mismo obedeció a múltiples retaliaciones y presión ejercida en el desempeño de sus funciones por parte de los superiores, pues antes del mencionado despido, acusa que se presentaban irregularidades en la emisión de facturas y aprobación de los estados financieros.

Al proceso se allegaron las siguientes documentales; contrato de trabajo (fls. 15 a 17), acta de reunión dirección de contabilidad Helm Comisionista de Bolsa 000-0002 (fl. 20), reporte de semanas cotizadas en pensiones (fls. 21 a 24), pre nómina (fls. 25 a 28), desprendibles de nómina (fls. 29 a 53), correos electrónicos (fls. 54 a 66), carta de terminación del contrato

de trabajo (fl.67), liquidación de prestaciones sociales (fl. 68), certificación laboral (fl. 69), copia cedula de ciudadanía (fl. 70), otrosí al contrato de trabajo "*sistema de remuneración flexible integral "RFI" salario ordinario*" (fls. 131 a 132), nombramiento (fl. 133), descripción de cargo (fls. 134 a 135), toma de conocimiento, aceptación y compromiso del código de conducta general y del código de conducta en el mercado de valores (fls. 137 a 138), manual general código de conducta en los mercados de valores (fls. 139 a 180), paz y salvo recibido de liquidación de contrato de trabajo (fl. 183), autorización consignación liquidación de contrato (fl. 184) y planilla integrada auto cotización aportes soporte del pago para el cotizante (fls. 185 a 187).

También se cuenta con el **interrogatorio de parte de la demandante**, quien manifestó que el 16 de febrero de 2016, se le dio por terminado el contrato sin justa causa comprobada. Señalo que recibió por concepto de indemnización una suma superior a \$58'000.000. No precisó el número de semanas de cotización que acreditaba al momento del despido. Indicó que en la actualidad tiene 57 años de edad, ya le fue reconocida la pensión de vejez por parte de Colpensiones y finalmente aceptó haber firmado el "*otrosí*" denominado "*sistema de remuneración flexible integral*", pero no recuerda la fecha de suscripción.

El testigo Miguel Ángel Plazas González (ex empleado del Banco Itaú S.A.), señala que es sobrino de la demandante, él prestó sus servicios a Itaú, desde el año 2013 al 2017, momento para el cual también estaba vinculada Fanny González en el cargo de directora financiera de la comisionista. Él era auxiliar contable, dentro de sus funciones estaba la emisión de facturas de las líneas de negocio de la comisionista entre otras labores propias del cargo. No conoció las funciones específicas de la actora dentro de la empresa. No precisó las causas por las cuales GONZÁLEZ RODRÍGUEZ no continuó laborando para la demandada. No tiene conocimiento que el banco le adeude a Fanny algún valor por concepto por acreencias laborales. Indicó que el cronograma para la emisión de las facturas era el día 25 de cada mes, momento del pre-cierre, pero por lo general para la línea de negocio de banca de inversión se estaba manejando hasta el último día del mes, fecha en la que solicitaban emisiones y anulaciones de facturas. Recibía órdenes de anulación de parte de Fanny que era su jefe inmediata y también acataba instrucciones de Pachón y Renato quienes eran la "*cabeza*" de la banca de inversión, asesores comerciales e incluso de una de las practicantes que ellos tenían en su momento. Después del año 2016, continuó la anulación de facturas de forma considerable y se recibían órdenes de Héctor Pachón sin justificación contable.

Conforme el anterior caudal probatorio, La Sala concluye que ninguno de los aspectos señalados, corresponden a situaciones que hubieran motivado la terminación del contrato injustificadamente, como quiera que no se observa conducta alguna dirigida hacia la trabajadora con el fin de **intimidarla, angustiarla, causarle un perjuicio, generar desmotivación en el trabajo o inducirla a la renuncia de su cargo**, pues de los correos electrónicos e intercambio de mensajes con los demás integrantes del equipo de banca de inversión, tan solo se evidencia la manifestación de múltiples observaciones,

órdenes o imposición de directrices, cuya ejecución dio lugar a diferencias en la coordinación de las actividades laborales entre las personas que intervienen en su cumplimiento, pero sin la identidad suficiente para configurar retaliaciones o persecución por parte de la empresa que derivara en un despido injusto. En el plenario solo obran como pruebas, las afirmaciones que contrae la actora sin sustento probatorio alguno, que permita establecer el nexo causal entre la finalización del vínculo laboral y las conductas endilgadas al empleador, incumpliendo con la carga de la prueba en los términos del art. 167 del Código General del Proceso. Si bien, es la misma demandante en los hechos del líbello introductor, quien relató que el área de revisoría fiscal aprobó todos los estados financieros presentados al cierre del ejercicio contable del año 2015, pese a sus requerimientos elevados a la vicepresidencia financiera y los entes de control, los directivos del banco no encontraron ninguna irregularidad y junto a la revisoría fiscal emitieron el dictamen final sin salvedades.

En ese orden, se advierte es que el empleador hizo uso de la potestad legal de finalizar unilateralmente el contrato de trabajo sin justa causa, con el consecuente pago de la indemnización, sin que sea dable acceder al reintegro que pregona la parte actora, pues no se avizora ninguna violación de las garantías legales o constitucionales que afecten los derechos de la demandante, tampoco se vislumbra una estabilidad laboral reforzada y la alegada por pre-pensionada fue desvirtuada, pues como lo precisó el A quo a la demandante solo le queda pendiente por cumplir el requisito de la edad, pues en este momento ya superaba la densidad de semanas para acceder a la prestación.

Ahora, respecto a la remuneración salarial percibida por la actora (la cual no es salario integral) y que objeta e insiste en que sus aportes están mal efectuados, pues su salario no es proporcional a la base de cotización al sistema general de seguridad social integral, debe precisarse que con fundamento en los desprendibles de nómina (fls 25 a 53), la liquidación del contrato de trabajo (fl.68) y el otrosí al contrato denominado "*sistema de remuneración flexible integral "RFI" salario ordinario*" (fls. 131 a 132), en ningún aparte se determinó que su salario fuera "*integral*", como precisamente se expone en el recurso, y tal como lo analizó el A quo, La Sala evidencia que los diferentes ítems pactados por las partes para determinar la remuneración se ajustan a las exigencias del artículo 132 del C.S.T.¹ por ende, las cotizaciones al sistema general en pensiones entre los años 2014 a 2016, conforme los desprendibles ya referidos se encuentran ajustados a su realidad salarial, observándose allí descuentos que correspondían a todos los valores incluidos como remuneración flexible

¹ **El empleador y el trabajador pueden convenir libremente el salario** en sus diversas modalidades como por unidad de tiempo, por obra, o a destajo y por tarea, etc., **pero siempre respetando el salario mínimo legal** o el fijado en los pactos, convenciones colectivas y fallos arbitrales.2. No obstante lo dispuesto en los artículos 13, 14, 16, 21 y 340 del Código Sustantivo del Trabajo y las normas concordantes con éstas, **cuando el trabajador devengue un salario ordinario superior a diez (10) salarios mínimos legales mensuales, valdrá la estipulación escrita de un salario que además de retribuir el trabajo ordinario, compense de antemano el valor de prestaciones, recargos y beneficios tales como el correspondiente al trabajo nocturno, extraordinario o al dominical y festivo, el de primas legales, extralegales, las cesantías y sus intereses, subsidios y suministros en especie;** y, en general, las que se incluyan en dicha estipulación, excepto las vacaciones.

En ningún caso el salario integral podrá ser inferior al monto de diez (10) salarios mínimos legales mensuales, más el factor prestacional correspondiente a la empresa que no podrá ser inferior al treinta por ciento (30%) de dicha cuantía. El monto del factor prestacional quedará exento del pago de retención en la fuente y de impuestos.

3. Este salario no estará exento de las cotizaciones a la seguridad social, ni de los aportes al SENA, ICBF y cajas de compensación familiar, pero en el caso de estas tres últimas entidades, los aportes se disminuirán en un treinta por ciento (30%).

4. El trabajador que desee acogerse a esta estipulación, recibirá la liquidación definitiva de su auxilio de cesantía y demás prestaciones sociales causadas hasta esa fecha, sin que por ello se entienda terminado su contrato de trabajo.

integral "RFI" pactado en el otrosí de fecha 1º de febrero de 2007, cuyas características, parámetros y condiciones fueron ampliamente conocidas por la trabajadora. También se observa del acuerdo anexo (*sistema de remuneración flexible integral "RFI" salario ordinario*), que se estipuló el pago de un salario ordinario de \$2.278.920, el cual remuneraba todos los servicios prestados por el empleado, adicionalmente comisiones o pagos salariales de naturaleza variable equivalente al 82.5% del valor de comisiones como salario ordinario y el 17.59% del mismo porcentaje correspondiente a días de descanso, domingos y festivos. Así mismo contemplaba beneficios no salariales por concepto de vales de alimentación, auxilio monetario de educación, aporte voluntario adicional y aporte institucional plus en la suma de \$1.149.227. Respecto a los acuerdos voluntarios entre el empleador y el trabajador, ha de citarse la sentencia SL 2804 de 2020, de la Corte Suprema de Justicia, en la que precisó:

*"En el campo del derecho y en el Derecho del Trabajo, en particular, rige la regla general del **consensualismo y libertad**, de modo que las partes son libres de escoger la forma en la cual van a realizar sus actos, sin que se vean sometidas a una específica para darle valor y contenido a un acto negocial. (..) El artículo 37 del Código Sustantivo del Trabajo reivindica esta regla de libertad de formas al consagrar que «el contrato de trabajo puede ser verbal o escrito; para su validez no requiere de forma especial alguna, salvo disposición expresa en contrario». Por ello, la jurisprudencia laboral ha dicho que «el contrato de trabajo en cuanto género, no está sometido a una forma determinada para su existencia, por lo que para su nacimiento es suficiente con que concurra un acuerdo de voluntades entre empleador y trabajador» (CSJ SL2600-2018). Igual suerte corre la mayoría de los convenios y acuerdos celebrados por los trabajadores y empleadores en el marco de la relación de trabajo, los cuales no requieren por regla general de un medio o vehículo específico para su eficacia."*

De lo anterior, es dable concluir que las cotizaciones al sistema general de seguridad social, se efectuaron con base en los factores salariales estipulados en el **otrosí** mencionado en líneas precedentes, por lo que no puede ordenársele ahora al empleador que cancele un retroactivo por cotizaciones con las cuantías determinadas en el "*salario integral flexible*", pues esto va en contra vía de la facultad legal que tienen las partes de convenir libremente las políticas salariales.

Es de resaltar que la demandante nunca expresó su descontento o inconformidad frente a la remuneración percibida y los descuentos efectivos durante todo el vínculo laboral, ni tampoco se allegó prueba alguna al plenario que evidenciara la existencia de vicios del consentimiento que invalidaran el acto suscrito entre las partes.

Finalmente, en lo que respecta a la petición de oficiar a Colpensiones para que realice una simulación pensional donde se haga un comparativo de la actual mesada pensional de la demandante, con la eventual pensión que podría haber percibido con base en las cotizaciones efectuadas sobre el salario realmente devengado, es de precisar en primer lugar que la petición no cumple con las exigencias del art. 83 del CPTSS y, si en gracia de discusión la misma fuera admisible, en el asunto ya quedó definido que los aportes al sistema de seguridad social se acompañan con la realidad salarial de la actora, por lo que la misma resultaría improcedente.

De conformidad con lo expuesto, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de 1SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho.

DECISIÓN

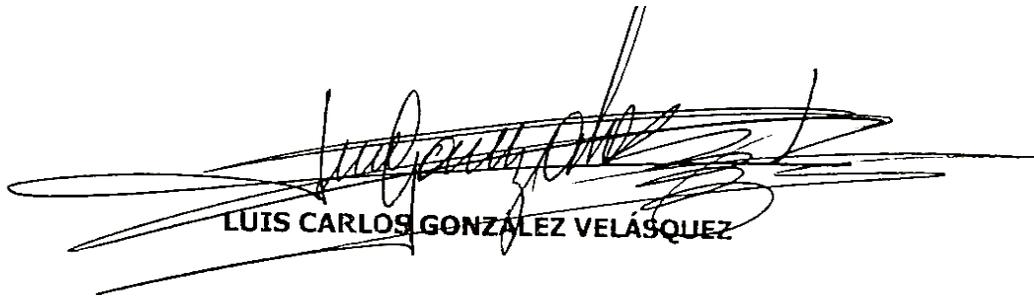
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 27 de noviembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de 1SMLMV (\$908.526) como agencias en derecho.

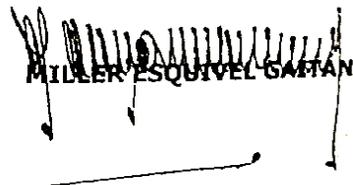
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAFTÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ALICIA ALAIS QUINTERO CONTRA PROTECCIÓN S.A. Y COLPENSIONES Rad. 2019 00024 01 Juz 5.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ALICIA ALAIS QUINTERO demandó a PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 55 y 56.

- Nulidad del traslado del RPM al RAIS.
- Traslado de aportes a Colpensiones.
- Se condene a Protección al pago de 50 SMLMV según el literal b del art. 12 y 271 de la Ley 100/93.
- Uso de facultades Ultra y Extra Petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 51 a 55. Inició su actividad laboral como empleada de la Unidad Administrativa Especial Catastro y desde ese momento cotizó al ISS hasta cuando se vinculó a la AFP PROTECCIÓN, entidad que no le brindó información suficiente sobre el RAIS, tampoco le efectuó una proyección pensional ni le comunicó sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen. El 27 de abril de 2018, solicitó a la AFP su desvinculación y a Colpensiones peticionó nuevamente la afiliación al RPM, quienes guardaron silencio.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** quien contestó en los términos del escrito que milita a folios 74 a 84.

- Se opuso a las pretensiones de la demanda.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación y genérica.

La **AFP PROTECCIÓN** en los términos del escrito visible a folios 97 a 104.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación a esa AFP y la solicitud de desvinculación.

- Formuló como excepciones de mérito; declaración de manera libre y espontánea del demandante al momento de la afiliación a esa AFP, buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, prescripción y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar la nulidad del traslado de régimen de prima media al de ahorro individual realizado por ALICIA ALAIS QUINTERO a través de SANTANDER hoy PROTECCIÓN. Ordenó a Protección a trasladar a COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, a Colpensiones a recibirlos y a actualizar la historia laboral de la demandante. Llegó a esa determinación al colegir que la AFP Protección no cumplió con la carga de la prueba en los términos del art. 12 del Decreto 720/94, pues no le brindó a la demandante la información completa, clara y suficiente sobre las consecuencias del traslado de régimen, sin que lo manifestado por la actora en el interrogatorio de parte fuese suficiente para constatar que era conocedora de las características del RAIS. Respecto a la pretensión tendiente a imponer a Protección la sanción revista en el art. 271 de la Ley 100/93, indicó que tal multa debe ser impuesta por una entidad administrativa o no por el Juez Laboral. Finalmente, en cuanto a la excepción de prescripción formulada por las demandadas, la declaró no probada al considerar que tal fenómeno no opera en el presente asunto, toda vez que la declaratoria de nulidad de traslado al estar ligada estrechamente con el derecho pensional, es imprescriptible.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES manifestó que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de régimen, como quiera que la afiliación a Protección fue válida, decisión que fue ratificada por QUINTERO al suscribir el formulario de vinculación de forma libre y voluntaria, por lo que considera no se le debe atribuir responsabilidad a Colpensiones ya que la entidad no tuvo injerencia al momento del cambio de régimen conforme el art. 1602 del Código Civil, además indicó que en el interrogatorio de parte la demandante expresó que se afilió al RAIS porque el ISS se acabaría, pero no retorno al RPM. Indicó que no es dable el retorno de la demandante al régimen de prima media pues se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en el art. 2 de la Ley 797/03, máxime cuando la actora solicitó su retorno al RPM cuando contaba con 58 años de edad, adujo que el actuar de la afiliada fue negligente pues solo se preocupó por su situación pensional cuando ya no era procedente su traslado a Colpensiones, también señaló que no se demostró la existencia de vicios del consentimiento para que se declarara la nulidad del traslado, y este fue subsanado al permanecer en el régimen. Señaló que la demandante no probó la falta de información que alega y es por ello que no se puede trasladar la carga de la prueba a la administradora, aunado a que ALICIA ALAIS no contaba con ninguna expectativa legítima al momento del traslado. Consideró que la decisión de recibir a la actora nuevamente en el régimen de prima media, atentaría contra el principio de la sostenibilidad financiera y descapitalizaría el fondo común según el art. 48 de la Constitución Política, teniendo en cuenta que la única finalidad de la demandante al vincularse nuevamente a Colpensiones es mejorar su mesada pensional.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: no se pronunció en esta etapa.

Parte demandada:

COLPENSIONES; pide se revoque la decisión, al considerar que en el asunto no se probó la existencia de ningún vicio del consentimiento para que se declarara la nulidad del traslado, aunado a que del interrogatorio de parte y el formulario de afiliación se demuestra que la demandante se vinculó al RAIS de manera libre, voluntaria y sin presiones, por lo no es procedente el retorno de QUINTERO al RPM máxime cuando ya se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797/2003.

AFP PROTECCIÓN; guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen.

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario que reposa a folio 7 de fecha 19 de abril de 2018, donde se solicitó el traslado al RPM. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional, no se controvierte que actualmente se encuentre afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy PROTECCIÓN S.A., al cual se trasladó desde el 29 de junio de 2001 (fl. 105). En cuanto a la validez del traslado de régimen, encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión no se suministró información completa, verídica y comprensible sobre el régimen que más le convenía, situación que se refleja en el monto de su posible mesada pensional.

Al respecto, la demandante el 29 de junio de 2001 (fl. 105), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP HORIZONTE hoy PROTECCIÓN S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

afiliación a las administradoras de fondos de pensiones y fue aceptado por la demandante, para esta Sala el diligenciamiento de tal **formulario no es suficiente** para considerar que era concedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no corresponde a una expresión **libre y voluntaria** de ALAIS QUINTERO. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma, consciente y válida si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en régimen de prima media, lo cual es verificable y efectivamente se traduce en un aspecto meramente económico, pues dependiendo de este tipo de circunstancias es que se va a estribar la correspondiente mesada; deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora de fondos de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso PROTECCIÓN) y no a la demandante como lo afirma la recurrente, pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un **traslado de la carga de la prueba** de la parte actora a la entidad demandada (SL 2611 – 2020³) a la cual le corresponde demostrar que le informó a la afiliada entre otras cosas; el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia, en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989⁴, para lo cual, no es necesario demostrar la existencia de algún

Quando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

³ *Si se discute que la administradora de pensiones omitió brindar información veraz y suficiente en referencia a la afiliación o traslado de régimen pensional, le corresponde a ésta demostrar que cumplió con el deber de asesoría e información a quienes tienen la intención de cambiar de régimen*

⁴ *"La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.*

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

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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

vicio del consentimiento como lo afirma la apoderada de Colpensiones, ni mucho menos que estos se ratifican con el paso del tiempo conforme el art. 1602 del Código Civil.

También para La Sala es importante resaltar que la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las administradoras corresponde al momento histórico en que debía cumplirlo, sin perder de vista que dicho deber **siempre** ha existido (SL1452-2019⁵) por lo que no es dable alegar la existencia de una manifestación libre y voluntaria en la elección de régimen pensional como lo señala Colpensiones, cuando la persona no conoce de la incidencia que tiene en sus derechos prestacionales tal decisión, toda vez que son circunstancias que no demuestran la debida asesoría que debe garantizar la AFP (aquí Protección) desde el momento de la afiliación a la administradora y **durante toda la vinculación**, pues ese deber nació desde la expedición de la Ley 100/93, porque como bien lo manifestó la demandante en su interrogatorio de parte, esa información debió conocerla cuando decidió trasladarse de régimen pensional y no después, pues la normatividad señala que la selección del régimen pensional debe provenir de una elección **libre, voluntaria e informada** que le permita a la potencial afiliada entender y prever sus implicaciones desde ese momento, de lo contrario sus derechos se desconocerían, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014.

Insuficiencias que no se subsanan por su permanencia en el RAIS, ni por el hecho de que la demandante haya indicado en el interrogatorio de parte que solo se trasladó al ISS porque este se acabaría y mucho menos por haber manifestado que si suscribió el formulario de afiliación con Horizonte hoy Protección, pues lo cierto es precisamente que al momento del cambio de régimen ni siquiera Protección se preocupó por brindarle una información comparada, detallada y completa, de lo contrario lo que se advierte de lo expresado por la actora en su declaración es que no conocía de las características del régimen en el que se encontraba, toda vez que no se le brindó información real y acorde a su situación al momento de la vinculación con la AFP, ya que el hecho de brindar información sobre las características generales de dicho régimen, sin la proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de la trabajadora quizás hubiese sido distinta.

Tampoco es de recibo el argumento de Colpensiones, consistente en que como la demandante está inmersa en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no es dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la actora entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Ely del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico **al momento del**

e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

⁵ Frente al reclamo de la ineficacia del traslado de régimen pensional corresponde al juez no solo verificar la validez formal del formulario de afiliación, sino evaluar el cumplimiento del deber de información por parte de las entidades administradoras de pensiones de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que dicho deber desde un inicio ha existido.

traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019) sin que nada tenga que ver si la demandante cuenta o no con una expectativa legítima pues así ya lo precisó la Corte Suprema de Justicia en SL 4426 de 2019 al indicar: *"Para que proceda la ineficacia del cambio de régimen pensional no se exige que al tiempo del traslado el usuario cuente con un derecho consolidado, un beneficio transicional o que esté próximo a pensionarse, pues ni la legislación ni la jurisprudencia establecen tales condiciones"*.

En lo que respecta al actuar negligente de la actora y apelado por Colpensiones, lo que La Sala avizora es una falta absoluta a las obligaciones establecidas por la administradora del fondo de pensiones al cual se trasladó por primera vez, en este caso Protección, pues claramente ha faltado a sus obligaciones especiales, como lo es por ejemplo suministrar información comprensible y brindar una publicidad transparente, clara, veraz, oportuna acerca de los productos ofrecidos, atentando contra la adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio ofrecido.

Ahora, es de precisar que COLPENSIONES si tuvo injerencia en el traslado al RAIS de la demandante pese a que en esa época, el cambio de régimen se efectuó con el INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES entidad que aprobó el traslado inicial del régimen, por lo que al no haber verificado la legitimidad de dicho traslado debe asumir las consecuencias de tal omisión, lo cual no obsta para que ella repita contra PROTECCIÓN, pues como ya se indicó fue allí donde se materializó y generó la nulidad del traslado de régimen.

Finalmente, en cuanto al principio de la sostenibilidad financiera alegado por COLPENSIONES y a la presunta descapitalización del fondo común que administra, es de recordar que este se garantiza y se evita tal descapitalización, con la orden de reintegrar todas las sumas de dineros que se causaron en la cuenta de ahorro individual de la afiliada (SL2877-2020⁶) conforme lo reiterado por la SL – CSJ (SL2877-2020), pues al no existir norma expresa que los regule, se acude a los efectos previstos en el artículo 1746 del C.C., el cual no es otro que retrotraer la situación al estado en que se hallaba, como si el acto de afiliación nunca hubiera existido, y esta es la razón por la que se ordena al fondo privado devolver al RPM todo lo recibido con ocasión a la afiliación, y que implica el capital ahorrado, rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración y aportes al fondo de garantía de pensión mínima (SL2877, SL 2611-2020⁷, SL 17595-2017, CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989).

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia recurrida.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para la apelante.

⁶ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

⁷ "Sobre las consecuencias de la nulidad del traslado entre regímenes esta Sala en sentencia SL, del 8 de sep. 2008, rad. 31989, reiterada en varias oportunidades, adoctrinó:

[...]

"La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

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

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito el 17 de septiembre de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de COLPENSIONES. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$908.526) como agencias en derecho para la apelante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE KELIS JOHANA CONTRERAS HERNÁNDEZ
CONTRA GO STORE S.A.S. Rad. 2019 00070 01 Juz 28.**

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

KELIS JOHANA CONTRERAS HERNÁNDEZ demandó a GO STORE S.A.S., para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 4.

- Reintegro.
- Pago de salarios dejados de percibir desde el 1° de agosto de 2018 hasta la fecha efectiva del reintegro.
- Pago de prestaciones sociales desde el 1° de agosto de 2018 hasta la fecha efectiva del reintegro.
- Indemnización del artículo 239 C.S.T.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 4. Ingresó a laborar en GO STORE S.A.S. el 7 de febrero de 2018. El 13 de julio de la misma anualidad, se enteró de su estado de embarazo. Al día siguiente, tuvo cita médica de control prenatal y esta situación la puso de presente a su jefe inmediato, el 16 de julio de ese año lo enfermó a la jefe directa Marcela Gómez. Durante ese día en cumplimiento de la jornada laboral tuvo un altercado con su jefe, situación que conllevó a la expedición de un memorando el 30 de julio de 2018. El 20 de julio de ese año, fue ingresada por urgencias y posteriormente incapacitada por dos días. El 30 de julio fue nuevamente incapacitada por otros dos días. El 1° de agosto de 2018, se le realiza un memorando por llegar tarde a una capacitación programada para las 8:00 a.m. ese mismo día se informó de la terminación de su contrato de trabajo y no se tuvo en cuenta su protección laboral reforzada. El 4 de agosto de 2018, en consulta general prenatal se indica que su embarazo es de alto riesgo. Instauró acción de tutela para solicitar el amparo de sus derechos fundamentales la cual conoció el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá D.C., la defensa de la empresa en esa acción consistió en que la terminación del contrato lo era por una justa causa (aplicación de la cláusula 5°, parágrafo segundo del contrato de trabajo, que dispone: "Todo acto de violencia, injuria, malos tratamientos o grave indisciplina en que incurra el trabajador en sus labores, contra el empleador, los miembros de su familia, el personal directivo o los compañeros de trabajo"). En esa oportunidad se ordenó el amparo de los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social de la demandante y el pago inmediato de las cotizaciones al sistema general de seguridad social. Insiste en que su despido fue sin justa causa y no se respetó su derecho de defensa.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demandada dio contestación en los términos del escrito visibles a fls. 70 a 82.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la prueba de embarazo según la documental allegada y vista a folio 16, el ingreso a urgencias y las incapacidades del 20, 30 y 31 de julio de 2018. La acción de tutela presentada por la demandante y la sentencia emitida por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Bogotá.
- Propuso como excepción previa; la prescripción.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, mala fe del demandante, buena fe y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso absolver a la demandada de cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Llego a esa determinación debido a que la parte demandante no cumplió con la carga de probar que el despido se efectuó en razón a su estado de gravidez; por el contrario obra suficiente material probatorio que da cuenta que las causas de la terminación del vínculo laboral obedeció a los reiterados llamados de atención por parte de Marcela Gómez jefe directa de la actora, debido a que no se presentaba en su puesto de trabajo en el horario establecido, salía antes de la finalización de la jornada laboral, no asistió a la capacitación programada y le faltó al respeto en una ocasión a la administradora del almacén. Situaciones que fueron debidamente acreditadas por la pasiva en el presente proceso. Además, tuvo en cuenta que en el fallo de tutela había quedado demostrado que la empresa empleadora no fue notificada del embarazo, máxime cuando el mismo no era un hecho notorio, ya que se encontraba en el primer trimestre de gestación, aspecto que tomó mayor fuerza al advertir que las incapacidades medicas presentadas antes del despido, no contemplaban ninguna enfermedad o anomalía relacionada con el embarazo.

Recurso de apelación

Demandante, insiste que el despido fue injusto, pues CONTRERAS HERNÁNDEZ no incumplió ningún precepto normativo contemplado en los artículos 62 y 63 del Código Sustantivo del Trabajo.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: se ratificó en los hechos de la demanda, a su vez indicó que la demandada despidió a la actora sin justa causa sin tener en cuenta que se encontraba en estado de gravidez y solo fue hasta la acción de tutela, que la convocada a juicio reconoció las prestaciones sociales a las que tenía derecho.

Parte demandada: señaló que la demandante no informó sobre su estado de gestación, su desvinculación a la empresa obedeció a una justa causa, pues incumplió con sus obligaciones contractuales al no presentarse cumplidamente a su lugar de trabajo en reiteradas oportunidades, indicó que al momento del finiquito laboral le fueron canceladas las prestaciones sociales y salarios adeudados.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer sí el finiquito laboral fue sin justa causa y en ese orden determinar si la demandante tenía derecho a ser reintegrada por su estado de embarazo, interpretación que se hace de lo expuesto en el recurso, en consonancia con las pretensiones de la demanda, en especial lo dispuesto en el ordinal primero¹, ya que en el asunto no se eleva ninguna reclamación económica por despido injusto. Se precisa que en el proceso no existe discusión respecto de la vinculación laboral entre las partes, los extremos, el salario, cargo y funciones de la demandante, por lo que se procede a estudiar el material probatorio aportado, a fin de resolver el recurso de alzada.

Al proceso se aportaron las siguientes documentales; contrato individual de trabajo (fls. 10 a 13), prueba de embarazo (fl. 16), incapacidades médicas (fls. 17 a 20 y 131 a 132), historia médica perinatal (fl. 37) memorandos de fecha 30 de julio y 1° de agosto de 2018 (fls. 21 a 22), carta de terminación de contrato de trabajo (fl. 23), liquidación de prestaciones sociales (fls. 24), acción de tutela (fls. 25 a 29), sentencia de tutela emitida por el Juzgado Veintitrés Penal Municipal de Conocimiento de Bogotá (fls. 30 a 36), copia de la cedula de ciudadanía (fl. 38), historia clínica (fls. 39 a 47), conversaciones de WhatsApp (fls. 108 a 119) entre la trabajadora y su jefe inmediata y material fotográfica de la demandante en un local de venta de repuestos de motos (fls. 120 a 122).

Del interrogatorio de parte de la representante legal de la demandada, se tiene que para la época del despido trabajaba en otra empresa, por lo que no conoce a la actora, solo la distingue porque Marcela Gómez (administradora del local para la época de los hechos) y jefe directa de la demandante, es su prima. Relata que ella frecuentaba el establecimiento comercial cada 8 o 15 días e iba a visitar a Marcela porque eran muy cercanas.

KELIS JOHANA CONTRERAS HERNANDEZ en su interrogatorio de parte, dijo que recibió múltiples llamados de atención por parte de Marcela porque llegaba tarde, pero ella trabajaba directamente con Nelson con quién acordó un horario de llegada entre las 9:00 a.m. a 9:30 a.m., su horario de salida era entre 7:30 p.m. a 8:00 p.m. Indica que le llamaron la atención en dos memorandos, uno de ellos fue el 1° de agosto de 2018, fecha de su despido. Marcela siempre le llamaba la atención de forma verbal. Afirma que los malos entendidos con la administradora eran por motivos personales, porque ella trabajaba directamente con Nelson quien cree era la pareja sentimental de Marcela, a quien todo lo que la demandante hacía le resultaba incómodo. Sus comunicaciones eran vía WhatsApp para avisar cuando llegaba tarde. Indico que las causas que se adujeron para dar por terminado el contrato de trabajo fueron informadas mediante un memorando que le presentó Patricia (administradora encargada del área de personal) donde se infirió un trato grosero con Marcela. Cuando Patricia llegó a trabajar al almacén, estipuló horarios de almuerzo. Respecto de las circunstancias del despido, indicó que para ese día no pudo salir a almorzar en el horario estipulado (12:00 m) porque no se podía mover del local, solicitó un relevo ante Nelson Giraldo, Marcela se molestó, manifestando que ella (demandante) "*quería hacer lo que se le diera la gana*". El memorando que se le presentó fue porque llegó

¹ Que como consecuencia de la declaratoria de que el contrato laboral **terminó sin justa causa** por parte del empleador, se reintegre a la señora **KELIS JOHANA CONTRERAS HERNÁNDEZ**, CC No 1.033.682.392 de Bogotá, al trabajo que venía desempeñando o al que corresponde según su estado de embarazo.

15 minutos tarde a una capacitación, el mismo día fueron pasados los dos memorandos (uno a las 10:00 a.m. y otro a las 11:00 a.m.), y a las 12:00 p.m. le fue presentada su carta de renuncia delante de Marcela, Patricia Paz y Cristian Castro. Dijo que su jefe directo fue Nelson Giraldo, y Marcela Gómez era la encargada de la afiliación a la seguridad social. En vigencia de la relación laboral, presentó la primera incapacidad el día 20 de julio, data para la cual ya estaba embarazada y debió trabajar. Adujo que desde el 13 de junio, informó a Marcela de su embarazo a través de la entrega de una prueba de laboratorio en presencia de Nelson. El 20 de julio, se fue a la EPS Salud Total porque se sentía mal y la incapacitaron los días 20 y 21 del mismo mes. Posteriormente presentó otra incapacidad el día 30 y 31 de julio porque tenía un "sangrado", lo que fue avisado a sus jefes y el día que la despidieron llevó las incapacidades. Indico que existe un memorando de fecha 30 de julio donde consta su firma, como si hubiera trabajado el cual es falso porque ese día estuvo incapacitada. Para esa fecha fue diagnosticada con una infección urinaria. Para la finalización de su contrato todo en su entorno conocía su estado de gravidez. Posteriormente laboró para PATER S.A.S. donde se vinculó desde el 6 de octubre de 2018 hasta el 25 de febrero de 2019 (día que nació su hija). Afirma que la carta de despido refiere que no cumplió con sus obligaciones laborales, pese a ello señala que ese documento fue hecho por Marcela porque "*se le dio la gana*".

La testigo **JOHANA MARCELA GÓMEZ CASTRO** (Administradora de la demandada desde el año 2016, encargada de la parte administrativa, inventarios y manejo del personal). Fue jefe de la demandante, en varias ocasiones le pasó memorandos por sus frecuentes llegadas tarde, entre ellas una capacitación que estaba programada con antelación, dijo que el detonante para tomar la decisión del despido fue la conducta irrespetuosa de la actora. No recuerda si los memorandos fueron el mismo día y a la misma hora, pero se respetó el conducto regular. La demandante después de un mes de iniciar labores empezó a llegar tarde, no abría el local a tiempo y el trato con los clientes era deficiente. Antes de presentar los memorandos a los trabajadores hablaba con ellos y les hacía énfasis en sus fallas. Informa que la demandante nunca puso en conocimiento a la empresa de su estado de gravidez, y de esto solamente se enteraron cuando fueron notificados de la acción de tutela. La actora presentó varias incapacidades, pero ninguna hacía referencia a un embarazo, los códigos de las excusas médicas correspondían a cefaleas y cistitis. Aseveró que el trato entre todos los trabajadores es respetuoso, los horarios de almuerzo eran por turnos rotativos entre varios vendedores para que se siempre se quedara alguien frente al mostrador. A la demandante le fueron cancelados todos los salarios y prestaciones, la actora nunca mostró inconformidad del trato recibido por parte de sus jefes inmediatos, le fue sugerido a la actora trabajar en el archivo porque carecía de habilidades para las ventas, todos los pagos en la acción de tutela fueron cumplidos y allí quedo establecido que la empresa nunca tuvo conocimiento del estado de embarazo, insiste en que nunca hubo malos tratos hacia la demandante y que la única confrontación fue al momento del despido. La empresa constantemente realiza capacitaciones que son notificadas con anterioridad a todos los empleados. Manifiesta que la EPS Salud Total autorizó el pago de la licencia de maternidad, pero hacía falta un documento para adelantar el trámite y la demandante no lo quería allegar a la empresa, sin embargo, luego de transcurrido un tiempo Kelis Johanna se acercó a hacer el reclamo y al día siguiente se le canceló la liquidación.

La testigo **PATRICIA PAZ** (administradora encargada del área de recursos humanos). Manifestó que la terminación del contrato obedeció porque la demandante no cumplía con sus obligaciones laborales, todos los trabajadores saben que a los tres memorandos se suspende el contrato y eso fue lo que ocurrió con Kelis Johana. Sus funciones son la elaboración de memorandos y llamados de atención. El último memorando presentado a la demandante, fue en ocasión a la conducta irrespetuosa con la dueña de la empresa, además

de que llegaba tarde de forma recurrente y había quejas por parte de los otros compañeros de trabajo. Afirma que en ningún momento fueron notificados por parte de la trabajadora acerca del embarazo. Recuerda que la incapacitaron en dos ocasiones, una de ellas fue por cefalea y otra por una infección urinaria. Indica que citaron a la demandante con anterioridad a la capacitación referida.

Conforme todo lo anterior, colige la Sala que la demandante no cumplió con su deber de acreditar los hechos en los que fundamenta sus pretensiones (artículo 167 del C.G.P.²), pues de una parte, el despido injusto que se cimienta en el desconocimiento de su fuero por maternidad, es una situación que nunca fue puesta de presente a su empleador durante la vigencia de la relación laboral, en el proceso no se acreditó la notificación del embarazo a la demandada, y la prueba de laboratorio que se aportada al plenario (fl.16) por sí sola no da cuenta del debido enteramiento a su empleador de esa condición, en el interrogatorio de parte de la actora tampoco precisa la manera en que comunicó a su jefe inmediato de su embarazo, máxime cuando contaba con dos personas encargadas de supervisar el personal. Por otro lado, las incapacidades médicas presentadas antes de la terminación del vínculo laboral con las cuales pretende sustentar que la convocada tenía conocimiento del estado de gravidez, no son suficientes para demostrar dicha situación, comoquiera que obedecían a enfermedades de origen común sin nexo alguno con el cuadro clínico presentado durante las primeras semanas de embarazo. Es de tener en cuenta que el mismo al momento del despido no era un hecho notorio, pues para tal data la actora se encontraba en el primer trimestre de gestación, y como no fue comunicado el fuero de maternidad aludido en el que se fundamenta el despido injusto, en el asunto este fuero no resulta aplicable, tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 351-2021³. Ahora bien, respecto a lo manifestado por el recurrente acerca de que el despido no obedece a las justas causas contempladas en el artículo 62 del C.S.T. Se tiene por probado que Contreras Hernández incumplió de forma sistemática las obligaciones laborales pactadas en la *cláusula quinta-literales a) y b)* del contrato de trabajo⁴, toda vez que obra suficiente material probatorio que da cuenta que la actora llegaba tarde al puesto de trabajo, situación que se corrobora con las conversaciones de WhatsApp aportadas (fls. 108 a 119) en las que la demandante avisaba de sus llegadas tarde, así mismo, los memorandos aportados (fls. 21 a 22) y los testimonios escuchados dan cuenta de que la demandante desatendía constantemente las labores encomendadas y hacia caso omiso a los múltiples llamados de atención, en consecuencia, se tiene por acreditado que el motivo del finiquito laboral se basó en causales objetivas, sin injerencia alguna del estado de gravidez.

2. Artículo 167. Carga de la prueba Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

³ “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:

“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. (...).”

⁴ Quinta: son justas causas para dar por terminado unilateralmente este contrato por cualquiera de las partes, las enumeradas en el artículo 7º del decreto 2351/65; y además por parte del empleador, las siguientes faltas que para el efecto se califican como graves; a) la violación por parte del trabajador de cualquiera de sus obligaciones contractuales o reglamentarias. b) la no asistencia puntual al trabajo, sin excusa suficiente a juicio del empleador, por dos veces dentro de un mismo mes calendario, salvo fuerza mayor o caso fortuito

Suficientes resultan los anteriores argumentos para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de septiembre de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS Las de primera instancia se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la demandante. Fíjense la suma de Quinientos Mil Pesos (\$500.000) como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EZEQUIEL MEZA CASTILLO contra ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA. RADICADO 2019 00138 01 Juz 35.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de junio de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

EZEQUIEL MEZA CASTILLO contra ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fls. 4 y 5.

- Contrato de trabajo de trabajo desde el 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981 y del 09 de abril al 30 de noviembre de 1983.
- Calculo actuarial.
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls 5 a 7. Laboró para la demandada entre el 11 de octubre al 26 de octubre de 1981 y del 9 de abril al 30 de noviembre de 1983, según las liquidaciones del contrato de trabajo. El 30 de octubre de 2018, solicitó a la pasiva certificación de tiempo laborado donde se indicara cargo, salario, horas extras trabajadas, incrementos salariales y demás sumas devengadas, la empresa en respuesta del 02 de noviembre del mismo año, pide se acredite la titularidad del derecho de petición conforme la Ley 1755/15, pedimento que atendió el 05 de diciembre de 2018, el cual remitió autenticado. La empresa en respuesta del día 20 del mismo mes y año, adjuntó dos certificaciones laborales en la primera indicó que laboró para la demandada a partir 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981, en el cargo de supervisor mediante contrato a término de obra y su salario

mensual fue de \$28.000, la segunda certificación constató que se vinculó con la pasiva desde 9 de abril al 30 de noviembre de 1983 mediante contrato de obra en el cargo de encuellador y su salario correspondía a la suma de \$22.500. En el CD que se aportó con la contestación del derecho de petición, fue remitida liquidación laboral en la que indicó que el trabajador se desempeñó como maquinista y su salario era variable por valor de \$47.059.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, la demanda contestó en los términos del escrito visible a folios 50 a 63.

- Se opuso a las pretensiones excepto la declaratoria de la relación laboral.
- En cuanto a los hechos aceptó, la certificación laboral expedida por Ingeser, el derecho de petición radicado por el actor, su repuesta y la certificación laboral emitida el 18 diciembre de 2018.
- Formuló como excepción previa; falta de integración de la litis y/o falta de integración el contradictorio. Como excepciones de mérito formuló las de cobro de lo no debido e inexistencia de obligación, buena fe y prescripción.

Mediante auto del 03 de septiembre de 2019 (fls. 100 y 101), se ordenó vincular a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, quien contestó en los términos del escrito visibles a folios 103 a 110.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa, presunción de legalidad de los actos administrativos, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del IPC ni indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, prescripción, compensación, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual declaró que entre EZEQUIEL MEZA CASTILLO y ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA existieron dos

relaciones laborales en los períodos comprendidos entre el 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981 y el 9 de abril al 30 de noviembre de 1983. Condenó a COLPENSIONES elaborar el cálculo actuarial del demandante conforme al tiempo laborado entre el 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981 y el 9 de abril al 30 de noviembre de 1983, tomando como IBC la suma de \$28.000 y \$47.059 respectivamente. Llegó a esa determinación al advertir que no hubo controversia respecto de la vinculación laboral. Indicó que el salario devengado por MEZA CASTILLO en los periodos laborados corresponde al señalado en la liquidación de prestaciones sociales y las certificaciones laborales emitidas por la demandada, quien no logró desvirtuar la información registrada en éstas y no fue tachada de falsa, en consecuencia, el juez les dio plena validez en aplicación a lo expuesto por la jurisprudencia de la CSJ. Señaló que la empresa ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA debió provisionar las sumas correspondientes para los aportes pensionales, en aras de garantizar el derecho a la seguridad social del trabajador, citó el art. 72 de la Ley 90/46 en el sentido de indicar que estaba en cabeza de los empleadores efectuar aprovisionamientos de capital para sufragar las cotizaciones a pensión previa a la obligación de afiliarlos, la cual surgió hasta el 01 de octubre de 1993 con la expedición de la Resolución 4250/93, deber con el que no cumplió la pasiva, circunstancias por las cuales debe responder ante el Seguro Social hoy Colpensiones por los períodos en que el riesgo de vejez estuvo a su cargo precisamente por esa falta de cubrimiento. Declaró no probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada, como quiera que los aportes pensionales reclamados tienen la finalidad de consolidar el derecho pensional del trabajador, el cual es imprescriptible tal como lo ha expresado la SL de la CSJ.

Recurso de Apelación

La demandada adujo que el art. 72 de la Ley 90/46 nada dispone de hacer reservas para el pago de los aportes ni el pago de cotizaciones por períodos anteriores a la asunción de los riesgos de VIM, máxime cuando el demandante ya cuenta con una prestación reconocida por Colpensiones. Indicó que la figura del cálculo actuarial prevista en la Ley 100/93 y 797/03 no extiende a los empleadores la obligación de hacer cotizaciones por el tiempo donde no hubo cobertura. Insiste en que su conducta se ajustó a lo previsto por la Ley y la jurisprudencia, la sentencia del juez asalta el principio de legalidad, ya que la empresa siempre cumplió con sus obligaciones legales. De otra parte, la recurrente objeta la forma de liquidar el cálculo pues considera que este debe hacerse con el salario probado el cual fue pactado por las partes para cada uno de los periodos laborados, pide se tenga en cuenta las categorías de afiliados según el salario fijadas en el art. 37 del Decreto 3049/66, el Decreto 3063 y sin pasar por alto que el empleador solo debe cubrir el

75% de los aportes pensionales y el 25% está a cargo del trabajador conforme la sentencia T492/13. Solicita se aplique lo dispuesto en las sentencias de tutela 784/10 y 712/11 proferidas por la Corte Constitucional, toda vez que la decisión del A quo está encaminada a financiar la pensión de vejez del demandante, derecho pensional que ya fue reconocido según el expediente administrativo aportado por Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: guardó silencio.

Parte demandada:

ESTRELLA INTERNACIONAL, adujo que conforme lo previsto en el art. 72 de la Ley 90/1946, no estipulo la obligación para aprovisionar recursos por el tiempo laborado por los trabajadores no cubiertos por el régimen de riesgos, circunstancia por la que no es procedente ordenar el cálculo actuarial pretendido aunado a que al actor ya le fue reconocida la prestación, sin que en el presente asunto se pretenda incluir semanas de cotización para obtener el reconocimiento de la pensión de vejez.

COLPENSIONES, pide se confirme la decisión, como quiera que la misma se encuentra ajustada a derecho.

CONSIDERACIONES

En consonancia con el recurso de alzada procede La Sala a determinar si procede la condenada por el cálculo actuarial ante la no afiliación del demandante por el vínculo laboral comprendido entre el 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981 y el 9 de abril al 30 de noviembre de 1983, igualmente se analizará en cabeza de quien está el pago, como es la forma correcta de efectuarlos y el salario devengado por el actor.

Contrato de trabajo

No se controvierte la relación laboral que existió entre EZEQUIEL MEZA CASTILLO e INSEGER DE COLOMBIA S.A. hoy ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, por los períodos comprendidos entre 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981 y el (fls. 64 y 65) y el 9 de abril al 30 de noviembre de 1983 (fls. 67 y 68) en el cargo de supervisor y encuallador respectivamente.

Salarios.

No hay discusión respecto al salario devengado por el demandante en la vinculación desde 11 de septiembre al 26 de octubre de 1981, el cual corresponde a \$28.000 mensuales según el contrato de trabajo suscrito con la empresa INSAGER DE COLOMBIA S.A. (fls. 64 y 65), no obstante, en la demanda se indica que el actor para el período laborado entre el 09 de abril al 30 de noviembre de 1983 devengó como último salario variable la suma de \$47.059 conforme la liquidación del contrato de trabajo.

Del análisis del caudal probatorio para definir el asunto, La Sala lo primero que advierte es que la liquidación del contrato de trabajo que reposa a folio 70, si va a ser tomada en cuenta en su integridad, en virtud de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia Radicado No 69175 - SL 2600-2018, M. P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, donde se remite al valor probatorio que se debe tener frente a las certificaciones o documentos expedidos por el empleador, ya que en términos de la Corte *“si bien esta Corporación en reiterada jurisprudencia ha dicho que los hechos consignados en los certificados laborales deben reputarse por ciertos «pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos tan importantes que comprometen su responsabilidad», paralelamente también ha sostenido que el empleador tiene la posibilidad de desvirtuar su contenido mediante una labor demostrativa y persuasiva sólida (SL14426-2014; SL6621-2017).”* Y en el asunto pese al esfuerzo de la convocada a juicio en desvirtuar el salario devengado por el período entre el 09 de abril al 30 de noviembre de 1983, lo cierto es que tal documento (liquidación de prestaciones sociales) no fue tachado de falso y fue expedido por la llamada a juicio, por esta razón el salario a tomar para éste ciclo es la suma \$47.059, pues es este al que se ajusta a la realidad probatoria acreditada en el expediente, razón por la que se confirma este ítem.

Cálculo actuarial

Conforme el artículo 1 del Acuerdo 224 de 1966 aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, fue establecida la obligatoriedad de la afiliación al régimen de los seguros sociales a los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo y a los que presten sus servicios en empresas del sector oficial, siempre que no estuvieran exceptuados por disposición legal. Obligación que no fue asumida de forma inmediata, sino paulatina a medida que el ISS fue extendiendo su cobertura en todo el territorio. En cuanto a las empresas petroleras como la demandada, con la expedición del Acuerdo 264 del 13 de diciembre de 1967 aprobado por Decreto 64 del 22 de enero de 1968, se ordenó la inscripción al seguro social obligatorio de

dichas empresas, no obstante, el artículo 5° del Acuerdo 257/67, precisó que la fecha de llamado a inscripción se haría atendiendo las circunstancias operativas del Instituto que posibilitara la aplicación de la cobertura, en consecuencia se fijó como fecha para tal inscripción el 1° de septiembre de 1982 empero, tal data fue aplazada en Resolución 4454 de 1982 al 1° de noviembre de ese año y luego al 1° de enero del año siguiente (1983) de conformidad con la Resolución 4659 de 1982.

Posteriormente, el Director del Instituto de Seguros Sociales expidió la Resolución 5043 del 15 de noviembre de 1982, a través de la cual dejó sin efectos indefinidamente la Resolución 3540 del 6 de agosto de 1982, bajo el entendido que por recomendación de la Junta Administradora del ISS, no debía hacerse uso de la facultad conferida por el mencionado artículo 5° para fijar la fecha de llamamiento a inscripción de las empresas petroleras, hasta tanto no se cumpliera una etapa de concertación entre el gobierno, los patronos y los trabajadores. Mediante Decreto 2148 de 1992 el ISS fue reestructurado y se emitió la Resolución 4250 del 28 de septiembre de 1993 en la que se fijó el 1° de octubre de 1993 como fecha de iniciación de inscripción de las empresas petroleras en el régimen de los Seguros Sociales obligatorios.

En consecuencia, en virtud del anterior recuento en principio podría decirse que los tiempos laborados en tales empresas anteriores al 1° de octubre de 1993 (en virtud de la Resolución 4250 del 28 de octubre de 1993), no son computables para una pensión en el sistema general de pensiones, ya que no se había establecido una afiliación forzosa, y no era dable predicarse una omisión en cabeza del empleador. Pese lo anterior, el artículo 72 de la ley 90/46 impuso el deber de los patronos de hacer los provisionamientos del capital necesarios para efectuar los aportes al ISS en los casos en que éste asumiera dicha obligación, posición que fue asumida por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia 41745 del 16 de julio de 2014, la que fue reiterada en proveído del 15 de marzo de 2017 radicado 47532, y constituye la actual posición jurisprudencial. En esta última decisión se indicó:

"Sin embargo, en el 2014, la corporación fijó un criterio mayoritario a partir de las sentencias CSJ SL9856-2014 y SL 17300-2014 y, así, abandonó antiguas posiciones en las que se predicaba una inmunidad total del empleador en cuanto entendía que no incurría en omisión de afiliación de sus trabajadores y pago de cotizaciones para cubrir el riesgo de vejez, en aquellas regiones del país en las que no había cobertura del ISS."

"Desde entonces, bajo la orientación de los principios constitucionales que propenden por la protección del ser humano que al cabo de años de trabajo se retira del servicio sin la posibilidad de obtener el reconocimiento de la prestación pensional, por causas ajenas a su voluntad y a las del empleador, y en el entendido que el derecho a la seguridad social es fundamental,

irrenunciable e inalienable, la Sala por mayoría estimó viable y necesario que los tiempos trabajados y no cotizados, por la ausencia de cobertura del sistema general de pensiones en algunos lugares de la geografía nacional, fueran calculados a través de títulos pensionales a cargo del empleador, con el fin de que el trabajador completara la densidad de cotizaciones exigida por la ley.”

*"Bajo esos derroteros, en la sentencia CSJ SL 9856-2014, luego reiterada en otras, la Sala definió: (i) que **no se podía negar que los empleadores mantenían obligaciones y responsabilidades respecto de sus trabajadores, a pesar de que no actuaran de manera incuriosa, al dejar de inscribirlos a la seguridad social en pensiones, (ii) que, en ese sentido, esos lapsos de no afiliación por falta de cobertura, debían estar a cargo del empleador, por mantener en cabeza suya el riesgo pensional, (iii) y que la manera de concretar ese gravamen, en casos «(...) en los que [el trabajador] no alcanzó a completar la densidad de cotizaciones para acceder a la pensión de vejez, [es] facilitar (...) que consolide su derecho, mediante el traslado del cálculo actuarial para de esa forma garantizarle que la prestación estará a cargo del ente de seguridad social».**" (negrita fuera de texto).*

En consecuencia, si bien la afiliación de los trabajadores de las empresas dedicadas a la actividad del petróleo fue forzosa desde el 1º de octubre de 1993, lo cierto es que estas empresas conforme el artículo 72 de la ley 90 de 1946, siempre estuvieron obligadas a hacer las partidas de capital para sufragar los aportes en pensiones de sus trabajadores y con ello, garantizar el derecho a la seguridad social de ellos, sin que sea dable, como lo expone la recurrente en establecer otra forma de pago diferente al cálculo actuarial y con otro salario diferente al devengado en el último año, pues al tratarse de la falta de afiliación lo procedente es cubrir esos aportes mediante dicha figura, como lo ha dispuesto la Corte Suprema no solo en la sentencia que se trajo a colación, sino en la extensa jurisprudencia que a la fecha dicha Corporación ha proferido sobre el tema. Ahora, se advierte que conforme el certificado de existencia y representación legal de la demandada ESTRELLA INTERNATIONAL ENERGY SERVICES SUCURSAL COLOMBIA, se advierte que es ella la llamada a responder por el cálculo actuarial de los aportes a pensión generados en virtud de la relación laboral que existió entre EZEQUIEL MEZA CASTILLO e INGESER DE COLOMBIA S.A., pues hoy en día INGESER DE COLOMBIA SA y la demandada son la misma empresa. También resulta oportuno precisar que, si bien existen pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia en los que estas empresas fueron exoneradas del pago de tales aportes, tales criterios datan de fechas anteriores a la jurisprudencia que aquí se cita, y a partir de la cual la Corte claramente precisa que desde el año 2014 abandonó tal postura.

En cuanto a la forma en que se debe hacer tal pago, la recurrente solicita que se ordene descontar al demandante el porcentaje que le correspondía sufragar por concepto de aportes a pensión. Al respecto advierte La Sala que tal pedimento no

procede, pues corresponde a la accionada sufragar la totalidad del aporte tal como lo ha indicado la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2791 del 28 de julio de 2020, en la que precisó:

*"Lo anterior se traduce en que **es el empleador quien debe asumir íntegramente el valor del cálculo actuarial**, por cuanto en el periodo en que no medió afiliación, independiente de la razón para ello, **era el único responsable del riesgo pensional**, en tanto que, en tal interregno la obligación estuvo a su cargo. **De ahí que, no le asista razón a la censura de pretender que el valor del cálculo actuarial sea distribuido entre él y el extrabajador en la misma proporción prevista legalmente para los aportes pensionales** (sentencias CSJ SL3807-2019 y CSJ SL1179-2020).*

Aunado a lo anterior, recuérdese que la obligación de cubrir los tiempos servidos por el actor cuando no hubo cobertura del Instituto de Seguros Sociales, a través de cálculo actuarial, se derivada del artículo 76 de la Ley 90 de 1946 y de las previsiones del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, como se explicó ampliamente en el ataque anterior, disposiciones estas que no previeron que el trabajador deba concurrir en su pago. (...)

*En los términos del citado precepto legal, **corresponde al «empleador o la caja» el traslado del cálculo actuarial**, sin que en parte alguna haga alusión a obligación de ese pago también en cabeza del trabajador, **cuyos riesgos, se itera, antes de la cobertura del ISS, estaban a cargo exclusivo del primero.** (...)*

*Además, **sería desproporcionado pensar en que el trabajador deba concurrir con el pago del cálculo actuarial**, en razón a que éste como parte débil de la relación laboral, tendría al final que asumir por su cuenta parte del derecho y todas las gestiones administrativas para satisfacerlo, lo cual podría afectar la materialización del derecho pensional. En consecuencia, por todo lo expuesto, el Tribunal no cometió el error jurídico que se le endilga, por ende, el cargo no prospera". (negrita y subrayado fuera de texto)*

Así las cosas y sin más consideraciones, se **CONFIRMA** la sentencia objeto de alzada.

COSTAS.

COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de \$908.526 como agencias en derecho.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá el día 13 de julio de 2020, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. - Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la recurrente. Fíjense la suma de \$908.526 como agencias en derecho.

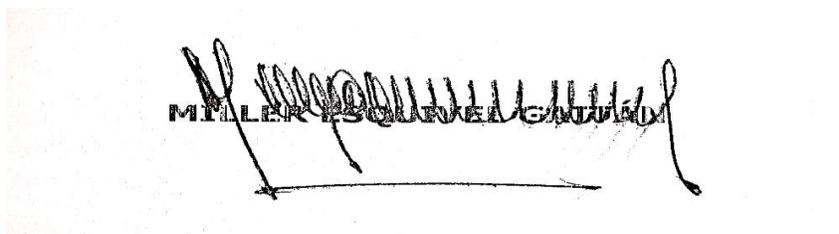
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

(EN PERMISO)

JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESCOBAR GONZÁLEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE CARLOS TRUJILLO HERNÁNDEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. Rad. 2019 00573 Juz. 39.

En Bogotá D.C., a los treinta (30) días de agosto de dos mil veintiuno (2021), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

CARLOS TRUJILLO HERNÁNDEZ demandó a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folio 6.

- Nulidad del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad.
- Traslado de aportes.
- En caso de que ya se haya reconocido la pensión de vejez por parte Colfondos, se continúe con su pago hasta tanto no se trasladen los aportes a Colpensiones.
- Costas del proceso.
- Ultra y Extra petita.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 a 5. Se afilió al ISS desde el 28 de enero de 1976 hasta el 31 de octubre de 1997, a su vez cotizó a la Caja de Previsión Social Distrital a partir del 07 de julio al 31 de julio de 1992 y del 15 de junio de 1994 hasta el 31 de diciembre de 1995. El 21 de julio de 1999, se trasladó a la AFP COLFONDOS, quien no le brindó información completa, veraz y adecuada sobre las características del RAIS, tampoco le realizó una proyección de pensión, no le indicó la posibilidad de retornar al RPM ni le informó sobre las consecuencias que le acarrearía el traslado de régimen. Indicó que, al efectuarse una simulación pensional, su mesada en caso de haber continuado cotizando a Colpensiones ascendería a la suma de \$1.614.742, mientras que en Colfondos sería de \$1.307.208, generando una diferencia de \$307.534, la cual afectaría su futuro prestacional. Solicitó a Colpensiones y a Colfondos la nulidad del traslado de régimen, quienes no accedieron a la petición.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de esta ciudad y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, contestó en los términos del escrito visible a fls. 252 a 270.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó; la afiliación al ISS, la reclamación administrativa y su negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social de orden público y genérica.

Mediante auto del 11 de agosto de 2020 (fl. 288) se tuvo por contestada la demanda por **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, al no ser admitido el allanamiento a las pretensiones efectuado por la AFP.

Sentencia de Primera Instancia.

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la cual dispuso declarar que el traslado realizado por CARLOS TRUJILLO HERNÁNDEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, con formulario firmado el 21 de julio de 1999 a través de la administradora de fondos de pensiones COLFONDOS, es ineficaz y por ende no produjo ningún efecto jurídico. Condenó a Colfondos a transferir a Colpensiones, todas las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante, junto con rendimientos y comisiones por administración, sin que le sea dable descontar alguna suma de dinero por seguros de invalidez y sobrevivientes, a Colpensiones a recibirlos y a reactivar la afiliación del actor al RPM sin solución de continuidad, además autorizó a Colpensiones iniciar las actuaciones civiles para obtener el pago de los perjuicios que puedan causarse con el acto que se declare ineficaz por parte de Colfondos. Llegó a tal determinación luego de establecer que COLFONDOS no acreditó que la información brindada al afiliado fuese objetiva, comparada y transparente respecto a las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, máxime cuando no se aportó si quiera el formulario de vinculación por parte de esa AFP y se allanó a los hechos y pretensiones de la demanda, circunstancias que demuestran el incumplimiento al deber de información que le asistía desde el momento del traslado de régimen pensional, pues consideró que el interrogatorio de parte del demandante no es suficiente para demostrar una afiliación libre y voluntaria. Frente a la excepción de prescripción, manifestó que al estar intrínsecamente ligada la ineficacia con el derecho pensional, esta debe cobijarse bajo la misma prerrogativa, por lo que es imprescriptible tal como lo ha expresado la CSJ.

Recurso de Apelación.

COLPENSIONES, solicita se revoque el fallo, como quiera que el traslado de régimen pensional se hizo de forma libre, voluntaria y con la debida información, además de que no se probó la existencia de vicios en el consentimiento para que se declarará la nulidad del traslado. Indicó que el demandante no solicitó información sobre su situación pensional ni presentó ninguna reclamación ante Colfondos, por lo que faltó a sus deberes según lo dispuesto en el Decreto 2241/10, pues solo hasta el 2019 petitionó la nulidad del traslado cuando ya se encontraba en la prohibición descrita en el art. 2 de la Ley 797/03, lo que significa que, feneció su oportunidad para solicitar la nulidad del contrato de afiliación en los términos del art. 1750 del Código Civil y se encuentra prescrita la acción contra ese acto jurídico conforme los artículos 488 CST y 151 CPTSS, como quiera que han transcurrido más de diez años desde el momento en que se vinculó a Colfondos. Concluyó que el actor al haber incumplido con sus obligaciones especiales, aceptó de manera tacita las condiciones de pertenecer al RAIS, como quiera que tal como lo manifestó en el interrogatorio de parte,

TRUJILLO HERNÁNDEZ se encuentra conforme con su afiliación a la AFP, razón por la que no es dable ahora acudir a la jurisdicción para que se declare la nulidad del traslado, sin que haya solicitado en algún momento una proyección pensional y así evaluar la decisión.

Alegatos ante este Tribunal (artículo 15 Decreto 806 del 4 de junio de 2020)

Parte demandante: pide se confirme la sentencia, al considerar que no se probó el cumplimiento al deber de información por parte de COLFONDOS e incumplió con las obligaciones que le asisten, omisión que ratificó al allanarse a las pretensiones de la demanda.

Parte demandada

COLPENSIONES; solicita se revoque la decisión, por cuanto en el asunto no se probó la existencia de vicios del consentimiento para declarar la nulidad del traslado, aunado a que no es procedente ordenar el retorno de la demandante al RPM por encontrarse inmersa en la prohibición legal de traslado prevista en la Ley 797/2003, pues al aceptarla se atentaría contra la estabilidad financiera del sistema que administra.

COLFONDOS; guardó silencio.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: "*La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación*", el cual se limita a establecer si resulta procedente la declaratoria de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional.

Reclamación Administrativa.

Fue agotada en legal forma como se desprende del formulario que reposa a folio 66 del 29 de julio de 2019, donde se solicitó la nulidad del traslado al RAIS. Así queda acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional.

Frente al régimen pensional del demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad, al cual se trasladó el 21 de julio de 1999 a COLFONDOS S.A, tal como se advierte de la liquidación realizada por la oficina de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público que milita a folio 63. Ahora si bien no se aportó el formulario de traslado a COLFONDOS, este hecho se corrobora con la liquidación ya mencionada aportada por el demandante, aunado a que fue un hecho aceptado por esa AFP.

Frente a la validez del traslado de régimen, la parte actora alega la nulidad del acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLFONDOS no suministró la suficiente información que le permitiera comprender sus consecuencias. Al respecto encuentra La Sala que si bien no se aportó la solicitud de vinculación con COLFONDOS, con la cual cumpliría los requisitos que consagra

el Decreto 692 la de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, lo cierto es que si reposará tal documento en el plenario, el diligenciamiento del formulario no es suficiente para considerar que era conecedor de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un **formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria del afiliado**. Esto es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es a que la AFP suministre información veraz y suficiente, siendo responsabilidad de la AFP dejar claras las implicaciones de esa decisión. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos dentro de los que se encuentra la fechada el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas², reiterado en la proferida el mismo día con radicación No. 31.314 y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 ambas con ponencia de la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón.

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que el afiliado conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también los riesgos, como por ejemplo que su tasa de reemplazo será ostensiblemente menor a la que tendría en el régimen de prima media, lo cual es verificable. Deber probatorio que indudablemente le corresponde a la entidad administradora del fondo de pensiones a la cual se trasladó la trabajadora (en este caso

¹ **Artículo 11. Diligenciamiento de la selección y vinculación. La selección del régimen implica la aceptación de las condiciones propias de éste, para acceder a las pensiones de vejez, invalidez y sobrevivientes, y demás prestaciones económicas a que haya lugar.**

La selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en los artículos anteriores es libre y voluntaria por parte del afiliado. Tratándose de trabajadores con vinculación contractual, legal o reglamentaria, la selección efectuada deberá ser informada por escrito al empleador al momento de la vinculación o cuando se traslade de régimen o de administradora, con el objeto de que éste efectúe las cotizaciones a que haya lugar.

Quienes decidan afiliarse voluntariamente al sistema, manifestarán su decisión al momento de vincularse a una determinada administradora.

Efectuada la selección el empleador deberá adelantar el proceso de vinculación con la respectiva administradora, mediante el diligenciamiento de un formulario previsto para el efecto por la Superintendencia Bancaria, que deberá contener por lo menos los siguientes datos:

- a) Lugar y fecha;
- b) Nombre o razón social y NIT del empleador;
- c) Nombre y apellidos del afiliado;
- d) Número de cédula o NIT del afiliado;
- e) Entidad administradora del régimen de pensiones a la cual desea afiliarse, la cual podrá estar preimpresa;
- f) Datos del cónyuge, compañero o compañera permanente, hijos o beneficiarios del afiliado.

El formulario deberá diligenciarse en original y dos copias, cuya distribución será la siguiente: el original para la administradora, una copia para el empleador y otra para el afiliado.

No se considerará válida la vinculación a la administradora cuando el formulario respectivo no contenga los anteriores datos, en cuyo caso la administradora deberá notificar al afiliado y a su respectivo empleador la información que deba subsanarse.

Cuando el afiliado se traslade por primera vez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, en el formulario deberá consignarse que la decisión de trasladarse al régimen seleccionado se ha tomado de manera libre, espontánea y sin presiones. El formulario puede contener la leyenda preimpresa en este sentido.

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

² *"No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña"*

COLFONDOS), pues cuando afirmó que la entidad omitió o no le informó de manera clara las implicaciones del cambio de régimen pensional, se genera un traslado de la carga de la prueba de la parte actora a la entidad demandada (SL4811-2020, SL4373-2020, SL1688-2019), pues es a la AFP a quien le corresponde demostrar que le informó al afiliado entre otras cosas el monto de la pensión que en cada uno de los regímenes se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia de la eventual decisión o en términos prosaicos: que gana y que pierde, además de la declaración de aceptación de esa situación, aspectos así considerados por la Sala laboral de la Corte Suprema de Justicia en su jurisprudencia en fallos como el ya citado con radicación No. 31.989³, para lo cual no es necesario demostrar la existencia de algún vicio del consentimiento como lo afirma Colpensiones.

Ahora, es importante resaltar que la falta al deber de información que le asistía a la AFP así como su actuar negligente y desinteresado, no se subsana ni se ratifica de manera tácita como lo señala Colpensiones como tampoco por el hecho de que TRUJILLO HERNÁNDEZ en el interrogatorio de parte haya manifestado su conformidad con la afiliación a Colfondos, pues estas circunstancias si no provienen de la elección **libre e informada del afiliado**, acompañada de una proyección del monto de la pensión en cada uno de los regímenes pensionales resulta infructuosa y fuera de contexto, pues es evidente que en la actualidad las pensiones reconocidas en el régimen de ahorro individual son inferiores a las reconocidas por Colpensiones, lo cual si se pusiera de presente al momento de efectuar la afiliación al RAIS la decisión de los trabajadores quizás sería distinta.

Para La Sala tampoco es de recibo el argumento de Colpensiones en que el demandante era quien debía informarse, pues en caso de tener alguna inquietud o inconformidad sobre su vinculación al RAIS, debía presentar alguna reclamación ante Colfondos, porque tal y como lo ha expresado la reiterada y pacífica jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia, es la AFP quien debe suministrar información suficiente, clara y veraz no solo sobre las características del régimen que administra sino también de las consecuencias que le acarrearía tal decisión al trabajador, ya que es Colfondos quien debe comunicar a sus afiliados todo lo referente a los productos ofrecidos, pues de lo contrario se atenta contra la

³ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

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

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.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del 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 aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada"

adecuada educación que tiene que recibir el consumidor de cara al producto y servicio prestado.

En cuanto a la manifestación de Colpensiones, consistente en que el demandante al momento en que solicitó el retorno al RPM y en la actualidad se encuentra inmerso en la prohibición del art. 13 de la Ley 100/93 modificado por el art. 2 de la Ley 797/2003, no era dable declarar la ineficacia del acto del traslado, pues este se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron al actor entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL 12136 de 2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019).

Prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen.

Frente a la prescripción de la acción para reclamar la nulidad del traslado de régimen conforme los artículos 488 CST y 151 CPTSS alegada por Colpensiones, es de resaltar que no puede exigírsele al demandante que hubiere solicitado la nulidad de traslado dentro de los términos de prescripción establecidos en las normas procesales, ya que si bien, hace más de 20 años tomó esa decisión, por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, resulta imprescriptible dado el carácter irrenunciable del derecho fundamental a la seguridad social plasmado en el artículo 48 de la Constitución Política, en armonía con los artículos 13 y 14 del CST, que disponen el mínimo de derechos y garantías establecidos en la leyes sociales del trabajo, su naturaleza de orden público, así como la ineficacia de cualquier estipulación que los afecte o desconozca.

Finalmente, sobre el artículo 1750 del Código Civil citado por la recurrente, La Sala precisa resaltar que este tipo de procesos se aborda desde la óptica de la ineficacia del traslado en virtud de la falta al deber de información por parte de las administradoras del régimen de ahorro individual, por lo que no es dable para la el demandante, prever con antelación las consecuencias que le pudiesen acarrear el traslado de régimen pensional, pues su decisión obedeció a una deficiente asesoría y falta de diligencia por parte de la AFP, y en razón a que COLFONDOS y COLPENSIONES no accedieron a la solicitud de nulidad de traslado, debió acudir al proceso ordinario para así poder retornar al RPM y garantizar su futuro pensional, entonces, no se puede considerar que TRUJILLO HERNÁNDEZ debía solicitar la rescisión del contrato de afiliación dentro de los términos descritos en el artículo ya mencionado, toda vez que para el momento del traslado aún se encontraba en proceso de estructuración su derecho pensional.

Suficientes resultan las anteriores consideraciones para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para la apelante como agencias en derecho.

DECISIÓN

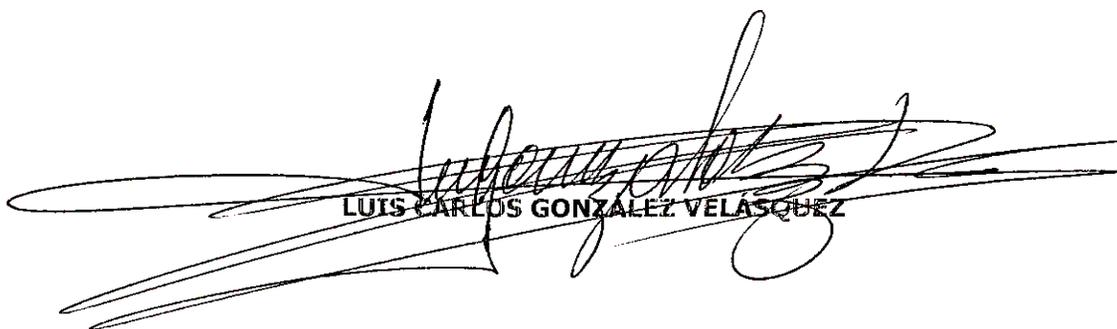
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de septiembre de 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO. - COSTAS. Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de Colpensiones. Fíjense el valor de un salario mínimo mensual legal vigente (\$908.526) para la apelante como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

(EN PERMISO)
MILLER ESQUIVEL GAITÁN