

demandante a partir del 15 de febrero como Coordinador Facturación UCR (fl.44); el salario devengado para el año 2018 de \$2'717.800 (fls. fls.46 y 47 y 50 a 70); la citación a descargos el 8 de junio de 2017 por existir un faltante de 9071 canastillas fl 107), los descargos rendidos por el demandante el 10 de junio de 2017 (fl 108 a 111); los descargos rendidos el 04 de septiembre de 2018, por existir un faltante de 5249 canastillas abatibles suministradas en alquiler por la empresa IFCO, (fls. 112 a 117) y finalmente se encuentra probado que el accionante gozó de vacaciones la segunda quincena de junio de 2018 (fl.62).

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio **Adelmo Mican Arévalo, Felipe Arturo Guapacha Contreras, Jorge Eliecer Rodríguez Sierra, y Luis Antonio Guerrero Ramírez** quienes manifestaron lo siguiente:

Adelmo Mican Arévalo manifestó conocer al actor desde 1996; que el demandante llegó al área de la charcutería, y ahí fueron compañeros de trabajo hasta el 19 de noviembre del 2017, ya que terminó de laborar con la compañía; que se enteró que la empresa despidió al actor por un asunto de unas canastillas; que el actor apoyó la parte de las canastillas, pero que tal función se desempeñaba por un proveedor ajeno a ALMACENES ÉXITO; que su labor era de recibir las canastillas en su área, lavarlas, y de acuerdo a lo que dispusieran los jefes de producción, distribuir las para que llegaran a los almacenes; que esta función la hizo aproximadamente desde el 2014; que para 2014 tenía el cargo de Coordinador Regional Proceso Industria, y que su área no era muy similar con la del actor, pero pese a ello, por el tiempo que llevaba en la industria tuvo la oportunidad de ayudar en los inventarios como auditor cada mes que salían inventarios; que el actor lo llamaba y que él iba y ayudaba a revisar canastillas, era un apoyo para ver si estaba bien el conteo; que era de muy de vez en cuando que asumía tal función, iba una vez a la semana o máximo dos; que el actor pedía las canastillas a un proveedor que se llama IFCO; que cuando llegaban las canastillas, se

bajaban del camión, se ponían en el área de canastillas, se contaban, se limpiaban y de acuerdo con la programación que se tenía pedido por las plantas de producción el actor las distribuía; que no sabe si tenía que darle seguimiento a las canastillas porque eso pasaba a las plantas de producción; que del reintegro de las canastillas se encargaba el cedi de abarrotes que era un tercero; que gestión humana llamó al actor y le hizo un llamado de atención por unas canastillas, estuvo como testigo en tal diligencia; que el actor no tenía que alimentar ningún sistema; que desde que Carulla pasó a ser de ALMACENES ÉXITO, siempre ha tenido faltante de canastillas porque los almacenes no las devolvían a tiempo; que el actor le comentó que tenían que alquilar canastillas para despachar productos; que después de su retiro no sabía que funciones hacía el actor; que anteriormente había problema con el control de canastillas, incluso en el 2010 cuando llegó ALMACENES ÉXITO hubo un vacío por el cambio de sistema SAB, y que después de instalar el sistema se fue organizado, pero que aún así no era apropiado para tener un buen control; y que las canastillas perdidas en el 2017 estaban en Medellín según se enteró.

Por su parte, **Felipe Arturo Guapacha Contreras** manifestó que trabaja para ALMACENES ÉXITO desde hace 10 años; que es Coordinador Operativo para la marca surtimayorista; que conoció al demandante el 2012, siendo para esa época el actor el jefe de facturación; que se ganó una convocatoria para llegar al cargo de Auxiliar de Facturación en el que el demandante fue su jefe por tres años, lo que sucedió en 2015; que estuvo como Auxiliar de Facturación hasta el 2019 donde pasó a ser coordinador; que el demandante era la persona que se encargaba de pedir canastillas, y enviarlas a las plantas de producción; que las canastillas son de una empresa que se llama IFCO; que las canastillas se pedían a medida que hubiera demanda de producción; que lo que hacían era solicitar las canastillas, y cuando llegaban, contar y distribuir a las plantas que se necesitaban; que después de ser distribuidas las canastillas, entraban a la planta y perdían

contacto con ellas porque estaban en la oficina y en la planta de producción; que se hacía un inventario general pero los encargados de este eran las plantas de producción, de modo que lo que hacían era contar las canastillas y enviar un correo al actor para consolidar la información; que el Cedi Montevideo es el encargado de enviar la canastilla al punto de venta, y los puntos de venta las retornan al Cedi, no a la industria; que el control de regreso de las canastillas le tocaba al Cedi, pues a partir de que las canastillas salían de la industria, pasaba primero por el Cedi de Montevideo, se cargaba, luego se iba a los puntos de venta, y en su regreso se devolvían algunas canastillas al Cedi; que la conciliación se hacía para la salida de las canastillas porque no se tenía certeza de cuántas regresaban; que mientras estuvo en la industria no se implementó un proceso para el control de las canastillas; que Rubén Arévalo era el encargado de las canastillas del Cedi Montevideo; que se tercerizó la planta de canastillas por una empresa que se llama *Enlaces Estratégicos*, hubo una reestructuración y que creé que al actor lo cambiaron como de cargo y quedó al mando de cuatro despachos sin tener que ver con las canastillas; que no sabe qué pasó con la pérdida de canastillas, puesto que cuando entran a la planta de producción se pierde contacto con ellas; que en junio de 2017 se perdieron 9000 canastillas y por eso el actor y él rindieron descargos; que después de la pérdida de las canastillas entró *Enlaces Estratégicos* y se asignó un auxiliar en el cargo de contar canastillas; que no recuerda si para después de junio del 2017 se cambió el sistema del manejo de las canastillas, porque cuando entró *Enlaces Estratégicos* se cambió todo frente a las canastillas, ellos hacían todo con su propia gente, inclusive la distribución al Cedi; y que la confrontación entre canastillas en el sistema y las físicas lo hacía la planta de producción, no lo tenía que hacer el demandante, ellas enviaban un correo al actor, y él consolidaba la información y la compartía con las personas de UCR a nivel nacional.

Por su parte, **Jorge Eliecer Rodríguez Sierra** expresó ser Especialista en Eficiencia Operacional y responsable de esta área; que conoce al demandante desde el 2015; que el actor era Coordinador de Facturación UCR; encargado de la documentación de los procesos, lo que le permite aconsejar sobre los procesos que se deben llevar, controles, riesgos, personal a contratar, que cargo falta, que cargo sobra, etc.; que su área es transversal a la organización, por lo que, debe determinar si se hacen mejoras y que procesos van mal; que con el área de canastillas tuvo mucha interacción; que el actor era la persona que coordinaba todo el proceso de las canastillas, gestionaba todas las operaciones, recibo, lavado, almacenamiento, recolección interna, garantizar el flujo de estas hacia las plantas, controlar el inventario, hacer pedidos al proveedor; que el actor tenía injerencia desde la entrada de la canastilla hasta el retorno de esta; que el actor era la persona encargada de hacer las conciliaciones diarias con el centro de distribución para generar unos procesos de control y evitar de que una canastilla se perdiera; que todo el proceso de arriendo de canastillas lo ayudaba a liderar el demandante directamente; que el actor para lograr el envío de canastillas debía hacer una solicitud de pedido al proveedor, éste las entrega, llegan a la planta de canastilla donde el equipo debe recibir y contar, ese conteo se lo transmitían al acto, y que si llegaba una menos debía hacer una conciliación; que posteriormente, a la canastilla se le tiene que dar un flujo hacia las plantas de producción; que la planta despacha hacia las tiendas y factura; que ahí es donde se evidencia cuántas canastillas salen hacia el centro de distribución; que el centro de distribución se encarga de llevar a las tiendas las canastillas, y el tercero se encarga de recogerlas, *ya no es responsabilidad de nosotros ni del actor*; que no se responde por la canastillas que se van hacia las tiendas, lo que hace que el control sea más fácil porque se está recibiendo, se entrega a la planta, produce planta, se entra al Cedi, y se hace el control; que si se hace el procedimiento narrado, se debería tener un riesgo mínimo de pérdida, porque la canastilla no sale del edificio; que hay dos

controles, en la llegada y al momento que llega al Cedi Montevideo, por eso es que surgen las conciliaciones, las que son diarias para hacer el ajuste de lo que falta o sobra; que la devolución de las canastillas al proveedor la hacía la tienda o el centro de distribución, ya perdían responsabilidad en el momento en que se las entregaban al centro de distribución; que conoció las razones de los descargos del actor porque por su cargo lo llaman para analizar el proceso, hacer análisis y emitir comentarios de lo que pasa; que en la pérdida de las canastillas los controles fallaron en el área de canastillas, ya que, en diligencia de descargos el actor y el responsable del Cedi Montevideo informaron que no siempre hacían las conciliaciones, los valores reflejados eran los mismos que estaban en el sistema y que era muy complejo que después del inventario se tenga el mismo valor; que comenzaron a realizar revisiones y lo que no se entendía era que porqué si los meses anteriores hacían el inventario por qué de un mes a otro hizo un faltante de 5249 canastillas; que el control de las canastillas se le dio a un tercero, pero este tercero le respondía al actor; que el tercero solo recibía y limpiaba las canastillas, pero no hacía el control de estas porque este proceso seguía siendo operación del Grupo Éxito; que para la época de despido del demandante, en la operación se manejaban 450.000 canastillas al mes; que las canastillas que se perdieron no aparecieron en ningún momento; y que quien reemplazaba al demandante cuando salía a vacaciones debió ser del área de despacho o de facturación, ellos hacían rotaciones con Carlos Zabala, y Luis Guerrero.

Finalmente, **Luis Antonio Guerrero Ramírez** explicó que se desempeñaba en el área de Coordinador de Logística de Salida en la industria Montevideo desde el 2017; que conoció al demandante, y que estuvo bajo su dirección; que en 2018 se presentó la pérdida de 5249 canastillas; que se hizo un inventario físico que arrojó una diferencia; que la responsabilidad del inventario estaba a cargo del actor, quien estaba en el área de facturación y debía controlar las canastillas abatibles; que las

canastillas abatibles eran de un tercero llamado IFCO, se toman en arriendo, y por eso, había la responsabilidad de cuidar de ellas y custodiar que no se perdieran; que las canastillas se debían de entregar a las plantas, y una vez se recibían se dejaba registro en el sistema, a través de un proceso que se hacía de recibo a través de un ficho, luego, se hacía el despacho, se entregaba al cedi y hasta ahí se tenía responsabilidad; que en esa parte el actor debía entregarle a producción y entregarle al Cedi a través de una conciliación que se debía de hacer para quedar que se habían entregado todas las canastillas; que los controles de los inventarios consiste en informar cuántas canastillas se habían recibido y cuantas se habían entregado para llegar a la toma física para no tener diferencias; que ese control o conciliación se debía de hacer a diario; que encontró una diferencia en las canastillas que se contaron físicamente y una diferencia en el inventario, pero que no puede decir a ciencia cierta dónde se perdieron; que dentro de lo que se revisó, es que dentro de los meses anteriores los inventarios no estaban tan desajustados, mostraban una confiabilidad normal, y lo que se ve es que se hace unos comparativos entre lo que hay en el sistema y lo que se cuenta físicamente, no había desviaciones grandes que uno dijera que se hubiera generado un error de un mes anterior; que lo que arrojaba la investigación era que había una cantidad mayor en el sistema y físicamente se contaba una cantidad inferior que no estaba en la industria; que el actor tenía el manejo general de las canastillas, a pesar de la intervención de *Enlaces Estratégicos*, puesto que era el Coordinador de las UCR o de canastillas; que en la investigación no detectó en que lapso se extraviaron esas 5000 canastillas, lo que se veía era que para el ultimo inventario era donde estaba la diferencia; y que había pasado un mes del anterior inventario al que le tocó verificar.

Pues bien, a folios 118 a 123, se encuentra la carta de terminación de folios 118 a 123, en la que quedó plasmado que:

Demandante: **RICARDO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.**

Demandado: **ALMACENES ÉXITO S.A.**

"Luego de escuchar en la diligencia de descargos, para la Compañía no son de recibo sus explicaciones ante el faltante de las 5.249 canastillas abatibles que generaron pérdida para la industria de alimentos por \$78.735.000. Por el contrario, para la Compañía son claras las omisiones al procedimiento en que usted incurrió en la gestión de control e inventarios de las canastillas abatibles que se alquilaban con el proveedor IFCO.

(...) En diligencia de descargos causa curiosidad el motivo por el cual entre los meses de febrero y junio de 2.018 la confiabilidad del inventario era del 100% **y justo en el tiempo en que usted disfrutó de su periodo de vacaciones, entre el 30 de junio y el 23 de julio de 2.018 se reportó un faltante** inicial de 6.800 canastillas aproximadamente, que luego de las conciliaciones realizadas con el proveedor IFCO y de inventarios generales tanto en la industria de alimentos, como en Centros de Distribución, así como almacenes, se determinó que el faltante final eran 5.249 canastillas.

(...) Los anteriores respuestas confirman que su control se limitó estrictamente a conciliar las unidades de canastillas abatibles de la Industria de Alimentos, la cual usted representaba, y el área de transportes, únicamente con la información que registraban en los sistemas de la compañía, lo cual deja en la penumbra el número real de canastillas que ingresaban, se encontraban en los procesos de producción, en las áreas de despacho, aquellas que podrían averiarse, aquellas que se encontraban finalmente con producto terminado al personal del Cedi Montevideo **y las unidades que finalmente retornaban de los almacenes de la compañía.**

(...) La lógica que impera en todos los procesos de gestión de inventarios es que los sistemas de información se debe grabar la cantidad que realmente existe, fue controlada y es percibida por quien realiza el proceso. Registrar en los sistemas como existente y real el número que el mismo sistema detalla, representa confiar ciegamente y dar por sentado y certificado que la información no tiene margen de error, en todo proceso de conteo de productos, mercancía e insumos, se presentan desviaciones naturales del proceso que implican pérdidas que justifican la presencia de faltan de unidades o incluso sobrantes por causas administrativas.

Asimismo, no se evidenció de su parte la realización de controles previos que le permitieran un control más eficiente de la gestión de inventario y canastillas abatibles, Al contrario, fue a raíz de la ejecución de inventarios selectivos que entre el 30 de junio y el 23 de julio de 2.018 pudo identificarse el faltante real de aproximadamente 6.800 unidades de canastillas.

En igual manera, en ninguno de los inventarios realizados por usted entre febrero y junio de 2.018 reportó si quiera una unidad de faltante de canastilla abatible. Ante ello usted manifestó: "Así como entraba la canastilla alquilada, tenía que salir para el despacho." Ante esta afirmación usted sostuvo este argumento manifestando que "Porque en los procesos no había canastillas. No se retenía canastilla con producto, y si había se contaba el día del inventario."

El argumento anterior carece de fundamento, pues de ser cierto, no existía la necesidad de implementar inventarios y gestionar los mismos en ninguna organización. Su afirmación no tiene cabida, pues los inventarios como activos de toda compañía deben gestionarse, controlarse, son susceptibles de errores administrativos y operativos que al final pueden generar faltantes o sobrantes.”.

Así las cosas, se tiene acreditado el hecho y/o hechos generadores del despido de la demandante, por lo que se procederá a estudiar si estos constituyen o no justa causa.

Al respecto, lo primero que debe advertirse es que de la certificación del 10 de febrero de 2020 (fl.182), es dable establecer que el accionante tenía funciones como Coordinador de UCR Industria entre ellas las de gestionar las operaciones de recibo, lavado, almacenamiento, entrega y recolección interna de las UCR de la industria de alimentos del Grupo Éxito, y administrar los recursos suministrados (Talento Humano, Herramientas, maquinaria, etc.) para la correcta y eficiente operación en la central UCR de la industria de alimentos del Grupo Éxito.

Igualmente, los descargos rendidos por el actor el 10 de junio de 2017 y los testigos comparecientes, ilustran a la Sala respecto a que el accionante tenía a su cargo la coordinación del proceso de flujo de las canastillas, para lo que debía recibirlas, hacer la verificación del producto enviado por el proveedor, efectuar su lavado, almacenamiento, y despachar a cada una de las plantas de la compañía; así como que, por eventos comerciales, las canastillas abatibles pueden escasear, por lo que se procede a su alquiler, lo que se hacía con IFCO; y que como la industria no contaba con una logística directa a los puntos de venta, se hacía el puente con el Cedi Montevideo, que son los transportadores a cada punto de venta.

Frente al punto se tienen los testimonios de Jorge Eliecer Rodríguez Sierra, y Luis Antonio Guerrero Ramírez, quienes

manifestaron que el accionante debía hacer dos controles, en la llegada y al momento que llega al Cedi Montevideo, y que es por esto que surgen las conciliaciones con el fin de hacer el ajuste de lo que falta o sobra; y que el centro de distribución se encarga de llevar a las tiendas las canastillas, y que desde este punto no era responsabilidad del actor el control de las canastillas; en contraposición a lo declarado por los testigos Adelmo Mican Arévalo y Felipe Arturo Guapacha Contreras, quienes manifestaron que la responsabilidad del demandante iba hasta que llegaban a la planta, pues desde ese momento perdía el control de las canastillas.

En el análisis de la prueba testimonial y con observancia de los principios que imperan frente a la valoración de las pruebas por parte del juez, Artículo 61 del C.P.T. y de la S.S), la Sala debe otorgarle mayor peso probatorio a las declaraciones de Jorge Eliecer Rodríguez Sierra y Luis Antonio Guerrero Ramírez, por cuanto dichas declaraciones resultan contestes con la demás prueba arrojada al proceso, y permiten ilustrar sobre aspectos esenciales que deben ser definidos en el proceso en aras a determinar el alcance de las funciones y responsabilidades asignadas al demandante en el marco del contrato de trabajo, por cuanto de la definición de dicho asunto pende la pretensión principal del proceso.

En efecto, la revisión de dichas declaraciones al ser contrastadas con las funciones que el mismo demandante manifestó en su diligencia de descargos del 04 de septiembre de 2018, éstas se perciben mas coincidentes o ajustadas a las funciones que el mismo demandante de forma espontánea manifestó en dicha oportunidad, en la que se dijo que *"El área de despacho de cada planta, ya con producto pickeado, es decir, alistado ya para el despacho organizado por almacén entrega al área de transporte del Cedi Montevideo el producto en la canastilla abatible. Para ello relacionan una plantilla manualmente la cantidad de canastillas que se embarca por almacén"*; y que *"casi*

a diario iba a la oficina de Ruben para verificar que se hicieran los descargues de canastilla abatible del inventario de la industria de acuerdo con las cantidades entregadas al Cedi Montevideo”, elementos de prueba que permiten establecer que el demandante en efecto tenía control de las canastillas, no sólo hasta que se remitían a las correspondientes plantas sino también frente a las que llegaban al Cedi Montevideo, situación que cobra más lógica, si se tiene en cuenta la declaración de Jorge Eliecer Rodríguez Sierra, según la cual, con estos dos controles era que era que precisamente se lograba verificar las canastillas y efectuar las correspondientes conciliaciones en caso de existir algún faltante.

Del mismo modo, es necesario advertir que las funciones que se refiere que el actor ejecutaba se extendieron por lo menos hasta el 30 de junio de 2018, pues si bien los testigos Adelmo Mican Arévalo y Felipe Arturo Guapacha Contreras para tal época no se encontraban en el área de canastillas - por lo que, sus declaraciones en tal sentido son insuficiente para determinar las funciones que realizaba el actor en tal periodo - lo cierto es que de la citada acta de descargos del 04 de septiembre de 2018, se puede extraer que ciertamente el actor siguió desarrollando sus labores de control de canastillas, pues él expresamente reconoció que *“si bien fui notificado en abril que asumiría el rol de coordinador de despachos, en el área de logística de salida, ya que la planta de canastillas pagó a ser operada por un tercero, mantuve la operación de canastillas”,* y que *“yo intervenía gestionando el descargue de las canastillas en SINCO con Rubén Arévalo de acuerdo con la conciliación que hacían los despachos de la Industria con Transportes del Cedi Montevideo. Es decir, casi a diario, yo iba a la oficina de Rubén para verificar que se hicieran los descargues de canastilla abatible del inventario de la industria de acuerdo a las cantidades entregadas al Cedi Montevideo. Esto lo hice hasta el 30 de junio de 2018 que me fui a vacaciones.”,* declaraciones que también encuentran respaldo en los testigos Jorge Eliecer Rodríguez Sierra, y Luis Antonio Guerrero Ramírez,

quienes también dieron cuenta del desempeño de tales funciones del actor hasta tal data.

Sin embargo, considera la Sala que le asiste razón a la A Quo en cuanto a que, si bien es dable determinar las funciones que tenía a cargo el demandante y que estas se mantuvieron incluso cuando arribó el tercero - *Enlaces Estratégicos* - lo cierto es que no se logró acreditar suficientemente la justa causa por parte del empleador.

En efecto, a folio 62 obra recibo de la segunda quincena de junio de 2018, de la que se extrae que que el actor disfrutó de vacaciones en dicho mes, y en la carta de terminación del contrato de trabajo se hace alusión que el faltante se encontró precisamente en sus vacaciones. Así mismo, a juicio compareció en calidad de testigo el señor Luis Antonio Guerrero Ramírez, persona que efectuó la correspondiente investigación de la conducta desplegada por el actor, y quien manifestó que encontró una diferencia en las canastillas que se contaron físicamente y una diferencia en el inventario, pero que no se podía decir a ciencia cierta dónde se perdieron; que dentro de lo que se revisó, en los meses anteriores los inventarios no estaban tan desajustados, mostraban una confiabilidad normal; que de los comparativos entre lo que hay en el sistema y lo que se cuenta físicamente, no había desviaciones grandes en los meses anteriores que permitieran determinar que generó un error de un mes anterior; que en la investigación no se detectó en que lapso se extraviaron las 5000 canastillas; que lo que se veía era que para el ultimo inventario era donde estaba la diferencia; y que el último inventario que revisó fue el del mes anterior sin encuentra ningún faltante.

Con fundamento en las anteriores apreciaciones del testigo, observa la Sala que ciertamente para el periodo en que se encontró el faltante, el accionante se encontraba gozando de vacaciones, y que con anterioridad a tal momento no se había

evidenciado ningún tipo de faltante; circunstancia que pasó inadvertida por el empleador pero que fue señalada por el demandante al momento de rendir descargos el 04 de septiembre de 2018, pues fue contundente en señalar que no hubo control del 30 de junio al 23 de julio del inventario de canastillas en los despachos (fechas de sus vacaciones), que se alquilaron 30100 canastillas aproximadas en todo el mes de julio, y que después del 23 de julio, llamó a Edwin Martínez y le informó que había un faltante de canastillas y que no iba a grabar el inventario porque no era confiable.

Por tanto, para la Sala no existe claridad si el faltante de las canastillas, surgió cuando el actor se encontraba de vacaciones o con anterioridad y mientras el demandante prestó sus servicios, pues las probanzas no son certeras ni fidedignas en tal aspecto, más aún si se tiene en cuenta que en relación con el tiempo en que el actor estuvo de vacaciones, los testigos Jorge Eliecer Rodríguez Sierra y Luis Antonio Guerrero Ramírez, manifestaron no conocer si las estaba gozando, y si bien el primer testigo, intenta expresar que el extravió debía haberse generado de meses atrás, lo cierto es que con el dicho del segundo, tal apreciación no puede tomarse como cierta, pues éste manifestó que no se detectó en qué lapso se extraviaron las 5000 canastillas.

Aunado a ello, en el informe rendido por el señor Luis Antonio Guerrero Ramírez del 08 de agosto de 2018, no se logra evidenciar de dónde surgió el faltante de canastillas, pues inclusive se hace alusión a que se está revisando si hay diferencias en los almacenes y que corresponda al faltante para ver la viabilidad de cruzar los inventarios; siendo insuficiente para tener por acreditada la justa causa que en tal informe se señale que *“al preguntársele al señor Ricardo, responsable de estas conciliaciones, por qué se presentaba esta diferencia y por qué venía reportando una cantidad diferente a la que se tenía para el cierre de mes en el sistema manifiesta que, la idea era no pagar*

por las canastillas que no se tenía, pero debían retornar a los almacenes. Este tipo de prácticas no son muy confiables puesto que se genera una bola de nieve que después estalla y es más delicado su control.”, como quiera que no obra prueba alguna que soporte tal afirmación, pues inclusive el señor Luis Antonio Guerrero Ramirez al rendir su declaración, que no tenía conocimiento de donde pudo surgir el faltante de canastillas.

Conforme a lo expuesto, concluye la Sala que ALMACENES ÉXITO S.A., no logró acreditar que los hechos que se atribuyeron al demandante como constitutivos de una justa causa para terminar el contrato de trabajo, esto es, el extravío de las 5249 canastillas, hayan sucedido mientras estas estuvieron bajo la supervisión del demandante, pues la pérdida “se reportó” precisamente en el período en que disfrutó de vacaciones - y así lo reconoce el demandado en la carta de despido -no lográndose incluso, aun en el trámite del proceso judicial, detectar en qué momento se generó la pérdida, aunado ello no solo al hecho reconocido de que los inventarios de los meses anteriores según la prueba recaudada no se encontraban desajustados sino además, a los antecedentes del trabajador quien, entre el 01 de enero de 2012 y el 30 de noviembre de 2017, tuvo calificación de desempeño como “excelente”, “sobresaliente”, “sólido”, “esperado”, y “ejemplar”, señalándose que es una persona muy dedicada a cumplir de inicio a fin su labor, aunado a que tenía un reconocimiento positivo por sus superiores y compañeros, experiencia, colaborador, respetuoso, y cumplidor de sus tareas (fls.71 a 84).

Por lo brevemente expuesto, se **CONFIRMARÁ** la sentencia de primera instancia.

VII. COSTAS.

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

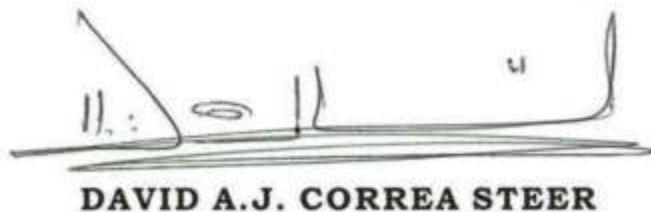
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

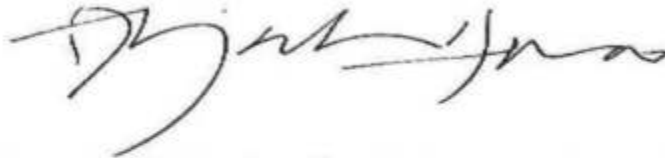
Código Único de Identificación: 11 001 31 05-021-2019-00357 -01

Demandante: **RICARDO HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.**

Demandado: **ALMACENES ÉXITO S.A.**

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de la parte demandada.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de noviembre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **CLARA CELINA CHIMBI LAVERDE** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A.** y **COLFONDOS S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES.**

SENTENCIA DE SEGUNDA INSTANCIA

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) que realizó la demandante.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes junto con sus rendimientos y a esta última activar su afiliación en el régimen

de prima media (en adelante RPM) y aceptar y recibir el traslado de los dineros.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 8 de diciembre de 1961; 2) Estaba afiliada al RPM administrado por el ISS desde el 15 de enero de 1988; 3) Fue trasladada a Porvenir S.A. el 1° de agosto de 1999; 4) Actualmente tiene 56 años; 5) Porvenir S.A. al momento de su afiliación, no brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS; 6) Porvenir S.A. solo le brindó información acerca de las ventajas del RAIS; 7) Se encuentra afiliada a Porvenir S.A.; 8) El 27 de julio de 2018, mediante derecho de petición, solicitó a Porvenir S.A. le suministrara copia de la documentación allí solicitada; 9) El 27 de julio de 2018, mediante derecho de petición, solicitó a Colpensiones la declaratoria de nulidad de traslado y su reactivación, petición que fue negada en la misma data; 10) A la fecha Porvenir S.A. no le ha dado respuesta a su petición.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (fls. 70 a 77) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, cobro de lo no debido, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la declaratoria de otras excepciones.

Indicó que no hay razones para que se declare la nulidad de la afiliación del demandante al RAIS, ya que esta tiene plena validez y legalidad, pues no se probó por parte del actor alguna de las causales de nulidad, como vicios en el consentimiento.

Adujo que, conforme la fecha de nacimiento de la demandante, para la data en que solicitó el cambio de régimen le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad para acceder a la pensión de vejez, por lo que se encuentra inmersa en la prohibición contenida en el artículo 13 literal e) de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, por lo anterior, no es procedente el traslado de régimen de la actora, ya que la legislación vigente lo prohíbe y tampoco tendría derecho al traslado de régimen en cualquier tiempo sin consideración a la edad ya que al 1° de abril de 1994 no tenía cotizadas 750 semanas o 15 años de servicios, sin ser beneficiaria del régimen de transición, siendo su traslado al RAIS legal y válido.

COLFONDOS S.A. (fls. 88 a 112), se opuso a las pretensiones presentadas en su contra y propuso las excepciones de mérito denominadas falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causal de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar nulidad de traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la innominada o genérica.

Expuso que esa AFP informó de manera adecuada y completa a la demandante, con anterioridad a su vinculación a la entidad, acerca de las condiciones bajo las cuales opera el RAIS y dada la particularidad de cada caso concreto, la persona encargada de explicar tales condiciones es el asesor que tramita la solicitud de cada persona y ello ocurrió en este caso, lo cual queda demostrado, toda vez que al suscribir el formulario de afiliación la demandante dejó constancia que su elección fue efectuada en forma libre, espontánea y sin presiones.

Adujo que, si bien con posterioridad al traslado de régimen pensional, las previsiones que se tuvo en mente al decidir el traslado de régimen no se hubieren podido cumplir tal y como la demandante hubiera querido, esto es algo imprevisible, tanto para la parte afiliada como para la persona que la asesoró en el diligenciamiento del formulario correspondiente, luego el no cumplimiento de las expectativas económicas no es motivo para afirmar que fue engañada o mal informada.

Finalmente indicó, que en caso de que se llegara a la conclusión de que la vinculación de la actora al RAIS se encuentra viciada de nulidad relativa por los vicios del consentimiento, es imperioso anotar que cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría actualmente prescrita en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

PORVENIR S.A. (fls. 118 a 137) se opuso a las pretensiones de la demanda y propuso como medios exceptivos los denominados prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo, enriquecimiento sin causa y la innominada o genérica.

Indicó que la información suministrada a los afiliados del RAIS se encuentra acorde con las disposiciones legales, de manera que la demandante no puede aducir que fue engañada, ya que recibió toda la información y asesoría, además de tener la oportunidad de leer, preguntar e inclusive sustraerse de firmar el documento entregado por el asesor y/o de ejercer su derecho de retracto, luego no puede endilgar responsabilidad a Porvenir dado que su traslado obedeció a una decisión libre, espontánea y consciente, además de informada, y en señal de ello suscribió el formulario de vinculación o traslado a Porvenir, dejando con ello constancia de su libre escogencia.

Finalizó diciendo que en el presente asunto no es posible aplicar las sentencias que en materia de nulidades ha proferido la Corte Suprema de Justicia, en la medida en que no es un caso análogo a las situaciones jurídicas que fueron el fundamento para dichas decisiones pues los supuestos son diferentes, ya que en este caso la demandante no es una persona excluida del régimen ni tampoco beneficiaria del régimen de transición, no contaba ni con un derecho adquirido, una mera expectativa o una expectativa legítima que lo lleve a ser cobijada bajo las mismas premisas de las dichas sentencias.

II. SENTENCIA APELADA

La **A quo** dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso que, aparece prueba documental que da cuenta que la demandante se trasladó del RPM al RAIS inicialmente a través de Colfondos S.A., documento que se encuentra suscrito por la actora, así mismo, obra formulario de afiliación a la AFP Horizonte S.A. y otro donde nuevamente retorna a Colfondos S.A., lo que da cuenta que la actora efectivamente suscribió dichos formularios de afiliación, sin embargo, de dicha firma no se desprende ninguna circunstancia en el sentido de que le hayan brindado una información clara, concreta y completa respecto a las características propias del RAIS.

Mencionó que del interrogatorio de parte no se desprende mucho, pues la demandante manifiesta que no recuerda cómo fue la afiliación, que seguramente sí firmó los formularios, pero señala que casi todo era por cuestiones administrativas al cambiarse de trabajo o por los empleadores ya que por ello suscribía los distintos formularios de afiliación, y de su dicho no se desprende que se le hubiera brindado información en las asesorías, pese a ello, el despacho debe tener en cuenta lo señalado por el apoderado judicial de la demandante en los hechos de la demanda los cuales comportan una confesión tal y como lo señala el artículo 193 del Código General de Proceso.

Adujo que en el presente asunto, y como quiera que la demandante fue reiterativa en su interrogatorio de parte cuando indica que no recuerda cómo fueron sus afiliaciones, el despacho debe darle plena validez a lo señalado por su apoderado judicial en el sentido que le explicaron las ventajas de RAIS, lo que denota que Colfondos S.A. sí le brindó una información a la actora, sin que se haya probado cuáles fueron esas ventajas específicas, pero al indicar que le explicaron las ventajas y no las desventajas y al no tener desventajas el RAIS el despacho entiende que Colfondos S.A. sí le brindó la información completa respecto a las características propias de este régimen.

Precisó que la anterior circunstancia no se presenta en todos los casos y que cada caso debe ser analizado de forma individual y por ello siempre analiza el interrogatorio de parte y coteja la información suministrada en esta diligencia con señalada en la demanda y en este caso, cotejó específicamente qué ventajas le explicaron a la demandante, cómo fue esa explicación, si fue completa, pues en la mayoría de casos sucede que no le dan una explicación completa y por eso se declara la ineficacia del traslado, pero en este asunto, como la demandante en su interrogatorio de parte fue reiterativa en manifestar que no recordaba nada y que fueron decisiones administrativas, entonces el despacho le da plena validez a lo señalado en la demanda tal y como lo señala el artículo 193 del Código General del Proceso el cual indica que valdrá la confesión por apoderado judicial la cual se entiende otorgada para la demanda, y en este caso sucede lo allí señalado, en el sentido que el apoderado judicial confesó que a la demandante se le suministraron las ventajas propias del RAIS.

Así las cosas, se encuentra acreditado que el consentimiento de la actora estuvo debidamente informado al momento de su traslado.

III. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE ACTORA

Indicó que la juez de primera instancia está dando por probada una situación sin estarla, pues las entidades demandadas no allegaron ningún tipo de prueba que demostrara que a la demandante se le hubieren otorgado elementos suficientes, tales como las características de acceso, modalidades de pensión y en general todos los elementos propios de cada uno de los regímenes pensionales.

También indicó que las entidades demandadas no cumplieron lo dicho por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 1689 de 2019 en la que se dejó sentado que esa información necesaria que alude el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero hace referencia a la exclusión de características, condiciones, acceso y servicios, por lo que el acto jurídico que aquí se discute nunca estuvo precedido una ilustración a la afiliada sobre dichas características, condiciones, acceso, servicios, ventajas y desventajas que alguno de esos regímenes le reportaría.

Solicitó tener en cuenta las sentencias SL 17595 y SL 4964 del 2018 en las que se corrige la ineficacia del traslado como consecuencia de la falta de información en que han incurrido los fondos al momento de afiliación, en la que se indica que la carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones y que la simple suscripción de un formulario que cuenta con la manifestación preimpresa que el afiliado conoce "todas las implicaciones de la afiliación" no implica una manifestación libre, voluntaria y sin presiones del consentimiento.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 7 de julio de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 21 de julio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar,

el cual fue utilizado por la apoderada de Colpensiones, quien reiteró lo expuesto en su contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

IV. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo” la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal

ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarle
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3.0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su

consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al

afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

Posteriormente al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera**, dijo la Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019:

"Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica:

el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

V. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 25/05/1979 (fl. 74); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 23/04/1997 a través de la A.F.P COLFONDOS S.A. (fl. 111); **iii)** efectuó traslados horizontales entre administradoras del RAIS, vinculándose a HORIZONTE el 09/06/1998 (fl. 126), a PORVENIR el 17/11/2000 (fl. 126 vto), nuevamente a HORIZONTE el 24/09/2001 (fl. 127 vto); y **iv)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 26/07/2018 (fl 28), ante Colpensiones, no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

A folio 111 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 23 de abril de 1997 con la AFP Colfondos S.A., el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *“la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.”*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Colfondos S.A. tenía la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Siendo importante resaltar que dicha omisión no puede suplirse con lo manifestado al respecto por la actora en su interrogatorio de parte, dado que en éste se limitó a exponer que en el año 1997 se trasladó a Colfondos S.A. y que al haber transcurrido tanto tiempo tiene leves recuerdos, que para esa época trabajaba en un Hospital y que la administración de la entidad les dijo que debían trasladarse al fondo privado, que el traslado a Porvenir S.A. también fue una decisión administrativa del Hospital donde laboraba, que no tuvo asesoría por parte de Porvenir S.A., que nunca ha tenido contacto con ningún asesor de ningún fondo, que sabe que las cuentas de ahorro generan rendimientos y que se debe pagar una administración, no sabía que se podía heredar y que fueron cuestiones administrativas las que la llevaron a cambiarse de régimen y entre AFP, lo que no es suficiente para tener por acreditado el deber de información.

Y tampoco es dable tener por acreditado el deber de información con lo expuesto en los hechos de la demanda, tal y como lo dijo la *a quo*, ya que, si bien en el hecho 7 del escrito inaugural la parte demandante, a través de su apoderado expuso que Porvenir S.A. al momento de la afiliación de la señora Chimbi Laverde le brindó información sobre las ventajas del RAIS, ello no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento al deber de información, pues ha de recordarse que la sentencia

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

SL1688-2019, Rad. 68838, tantas veces citada a lo largo de esta providencia, expuso que “la oportunidad de la información se juzgado al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad”, y como quiera que la accionante efectuó su traslado de régimen pensional con la AFP Colfondos S.A. y no con Porvenir S.A., era Colfondos la entidad que debió haber brindado la información clara, veraz y en los términos indicados por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, situación que, se reitera, no fue demostrada en este caso.

No sobra recordar que nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la mentada Corporación en sentencias SL2390-2020 y SL5109-2020:

“Por otra parte, la alusión de la censura a la supuesta existencia de una confesión de la parte demandante resulta, cuando menos, desafortunada, pues, de acuerdo con lo previsto en el artículo 195 del Código de Procedimiento Civil hoy 191 del CGP, la confesión debe versar «...sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la parte contraria...» además de que a nadie le es dado construir sus propias pruebas, ni podría la Corte, en manera alguna, admitir que las simples afirmaciones de la demandante, constituyen plena prueba de la dependencia”.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es la **ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

"La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión de la A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en

consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de Clara Celina Chimbi Laverde del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colfondos S.A. el día 23 de abril de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte y como consecuencia de ello, habrá de tenerse por ineficaz los traslados efectuados posteriormente entre administradoras de fondos de pensiones hechos por la accionante a Horizonte S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PORVENIR S.A., tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

"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 esta 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que apareja que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita.

*En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales,

toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

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

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP PORVENIR S.A** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Chimbi Laverde.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *“la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción”*.

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VI. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Colfondos S.A. y Porvenir S.A., por ser vencidas en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de las AFP's privadas, luego, en realidad no resulta

vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **REVOCAR** la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

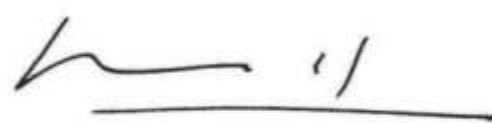
- 1.1. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de Clara Celina Chimbi Laverde del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colfondos S.A. el día 23 de abril de 1997 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte, así como los traslados efectuados a Horizonte S.A., Colfondos S.A. y Porvenir S.A.
- 1.2. CONDENAR** a Porvenir S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por Clara Celina Chimbi Laverde y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.
- 1.3. ORDENAR** a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de Clara Celina Chimbi Laverde al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a costa de las demandadas COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

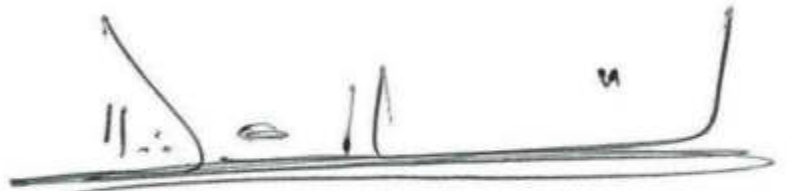
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

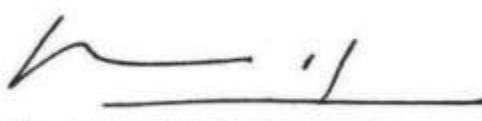


DAVID A.J. CORREA STEER

Aclaro Voto!

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de cada una de las demandadas condenadas, esto es Colfondos S.A y Porvenir S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1° del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la apoderada de las parte actora contra la sentencia proferida el 26 de enero de 2021 por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral que **JORGE ERNESTO CERON ROZO** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, COLFONDOS S.A. SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES** y **OLD MUTUAL FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS**.

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1 Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la nulidad de la afiliación realizada por el demandante al régimen de ahorro individual (en adelante RAIS) a través de Colfondos S.A., hecha en el mes de septiembre de 1995, así como la efectuada a Old Mutual S.A.

Así mismo, solicita se declare que es beneficiario del régimen de transición y por ello tiene derecho al reconocimiento de la pensión de vejez desde el 25 de mayo de 2014, aplicando el Acuerdo 049 de 1990.

Como consecuencia de lo anterior, deprecia se ordene a Old Mutual S.A. a trasladar a Colpensiones las sumas contenidas en la cuenta de ahorro individual del accionante, incluido el bono pensional, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses y a esta última a reconocer la pensión de vejez dando aplicación al Acuerdo 049 de 1990 y dando aplicación al régimen de transición, desde el 25 de mayo de 2014, con base en el promedio de lo cotizado en los últimos 10 años, con una tasa de reemplazo equivalente al 90%.

De manera subsidiaria deprecia se declare la ineficacia de la afiliación.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) Nació el 25 de mayo de 1954; 2) Inició a cotizar para su pensión a través de una entidad pública, el Centro Distrital de Sistematización y Servicios Técnicos, desde el 14 de junio de 1977 hasta el 21 de mayo de 1979; 3) Posteriormente cotizó al ISS desde el 28 de mayo de 1979 hasta el 31 de diciembre de 1994; 4) Al 1° de abril de 1994 acreditaba más de 15 años cotizados, esto es más de 750 semanas cotizadas; 5) Cumplió con el requisito para ser beneficiario del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993; 6) Firmó formulario de afiliación a Colfondos S.A. en el mes de septiembre de 1995; 7) Para la fecha de la afiliación a Colfondos S.A. ya contaba con 953 semanas cotizadas; 8) Colfondos S.A. no le informó, al momento de la afiliación, las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, las desventajas o riesgos de afiliarse a dicho régimen, el capital que debía acumular para lograr una pensión de vejez en ese régimen, no le puso en conocimiento que con su decisión de traslado perdería los beneficios de pensionarse bajo los parámetros del régimen de transición, entre otros; 9) En el año 2010 solicitó ante Skandia hoy Old Mutual S.A. el reconocimiento de su pensión de vejez; 10) En abril de 2010 la citada AFP le pone en conocimiento que su pensión, en la modalidad de retiro programado sería la suma de \$2.035.000 y para esa data tenía un ingreso salarial de \$4.940.689; 11) Del 25 de mayo de 2016 cumplió 62 años; 12) Su mesada para el año 2016 no fue reajustada conforme su ingreso base de liquidación; 13) Contrató asesoría particular y se percata

que en el RPM hubiese obtenido una pensión de \$6.346.588; 14) Solicitó ante Colfondos S.A. estudiar su caso con el fin de reconocer que no hubo asesoría profesional, lo mismo hizo el 31 de julio de 2018 ante Old Mutual S.A.; 15) El 26 de julio de 2018 solicitó a Colpensiones que le reconociera la pensión por vejez, como quiera que existió vicio en el consentimiento al momento de suscribir la afiliación al RAIS.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos:

COLPENSIONES, (fls. 113 a 126) se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Adujo que, a la fecha del traslado realizado por el actor a la AFP Colfondos S.A., en el mes de septiembre de 1995, se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional, sino plenamente válido, y la afirmación de vicio del consentimiento acaecido en el trámite de traslado con la AFP del RAIS, alegado por el actor, deberá probarse en el desarrollo del proceso judicial.

Expuso que el actor no se encuentra dentro del límite temporal establecido por el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 para efectuar traslado alguno entre regímenes pensionales, pues cuenta con 64 años.

COLFONDOS S.A. (fls. 127 a 145), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta entidad presentadas, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, validez de la afiliación a Colfondos S.A., buena fe, inexistencia de vicio del consentimiento por error de derecho, prescripción y la innominada o genérica.

Expuso que el demandante suscribió en forma libre, voluntaria e informada el formulario de afiliación el día 26 de septiembre de 1995, mediante el cual solicitó su traslado de régimen, además, Colfondos S.A. entregó información objetiva al demandante sobre el RAIS y su comparación con el RPM, entre ellos el monto de su eventual pensión, de manera verbal, con el fin de que tomara una decisión libre, voluntaria e informada,

apreciando las ventajas y desventajas de los mismos, decidiendo solicitar su traslado al RAIS.

Concluyó diciendo que, si en gracia de discusión se llegara a la conclusión de que la vinculación del demandante ocurrió por error al RAIS y por tanto se encontraba viciada de nulidad relativa, cualquier declaración de nulidad se encuentra prescrita, tal y como lo dispone el artículo 1750 del Código Civil.

Por su parte, **OLD MUTUAL S.A.** (fls. 153 a 199), se opuso a las pretensiones de la demanda contra esta incoadas y presentó como excepciones de mérito las de inexistencia de la obligación, falta de causa, buena fe, validez de la afiliación al RAIS, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, inviabilidad del traslado de régimen pensional, situación pensional consolidada - reconocimiento pensional, compensación y pago y la innominada o genérica.

Expuso que cumplió con las formalidades requeridas para la afiliación del demandante, al tiempo que esta vinculación fue resultado de la voluntad libre y espontánea del actor, máxime si se tiene en cuenta que ya se encuentra disfrutando de una pensión de vejez a cargo de esa entidad, en razón de la solicitud pensional que elevara y que fuera por él radicada, por ello, no es procedente que el demandante, permaneció por más de 24 años en el RAIS y afirme que fue engañado porque no se le dio la información necesaria para tomar una decisión consiente y objetiva.

Recalcó que el demandante se encuentra actualmente pensionado con Old Mutual S.A., por lo que de conformidad con la Ley resulta imposible efectuar el traslado de régimen pretendido.

Refirió que el demandante no especifica claramente en qué consistió la acción fraudulenta de esa AFP, pues si se estaba refiriendo a un error de derecho, de conformidad con lo preceptuado en el artículo 1509 del CC no produce vicio en el consentimiento y de referirse al error de hecho, por virtud del artículo 1510 ibídem, solo vicia el consentimiento cuando se yerra en cuanto a la especie del acto o contrato, o sobre la identidad de la cosa específica, errores que no aparecen cometidos en el contrato celebrado entre Old Mutual S.A. y el accionante, pues este sí pretendió afiliarse al RAIS.

Indicó que, si en gracia de discusión se concluyera que la vinculación del actor al RAIS se encuentra viciada de nulidad

relativa, cualquier declaración de nulidad de dicho acto jurídico estaría prescrita, en los términos del artículo 1750 del Código Civil.

Finalizó recalcando que el demandante ya se encuentra pensionado por el RAIS y por ello no resulta viable pretender y obtener el traslado de régimen pensional cuando se ostenta esta calidad.

Mediante auto del 7 de junio de 2019 (fl. 203), se ordenó la integración de **LA NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, como litisconsorte necesario, entidad que se opuso a las pretensiones de la acción, proponiendo como excepciones de fondo las que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica (fls. 208 a 229).

Expuso que los “supuestos” engaños de que fue objeto el demandante por parte de las AFP Colfondos S.A. y Skandia S.A., deben ser plenamente demostrados por el actor, ya que no basta con el solo hecho de manifestar un posible engaño en la asesoría brindada, sin que exista prueba de ello, máxime cuando en el caso articular es imposible el traslado dada la condición de pensionado del accionante por parte de Old Mutual S.A.

Indicó que la posibilidad de solicitar un traslado de régimen pensional, sólo está consagrada para quienes tienen la condición de afiliados al sistema, entendiéndose por afiliado, la persona que no ha consolidado una situación pensional, requisito que en este caso no se presenta, dado que el actor disfruta de una pensión anticipada (bono negociado y en firme) desde el mes de abril del 2010.

Manifestó que las pretensiones del demandante están llamadas a fracasar, dado que, si quiera considerar el traslado al RPM, cuando el demandante adquirió el status de pensionado en el RAIS hace más de 9 años y bajo la modalidad de pensión anticipada, para lo cual resulta indispensable la negociación del bono pensional, además de contrariar la normatividad vigente, conllevaría un detrimento patrimonial a los recursos de la Nación.

2.1. DEMANDA DE RECONVENCIÓN DE OLD MUTUAL S.A.

OLD MUTUAL S.A. (fls. 200 a 202), elevó demanda de reconvencción, pretendiendo el reintegro de las sumas de dinero

que ha cancelado al señor Jorge Ernesto Cerón Rozo por concepto de mesadas pensionales desde la fecha del reconocimiento del derecho hasta la ejecutoria de la sentencia que ponga fin al proceso, así como la indexación de las mismas.

Como fundamento de sus pretensiones argumentó: 1) El señor Jorge Ernesto Cerón Rozo se vinculó a Colfondos S.A. producto de un traslado de régimen desde el ISS hoy Colpensiones; 2) Se vinculó a Old Mutual S.A. el 12 de diciembre de 1997, producto de un traslado entre AFP y a la fecha se encuentra en estado **pensionado** en dicha entidad; 3) Cuando el señor Cerón Rozo se trasladó al RAIS no se encontraba inmerso en las causales de exclusión señaladas en el artículo 61 de la Ley 100 de 1993, pues a la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones no tenía 60 años ni gozaba de pensión por invalidez; 4) Tampoco era beneficiario del régimen de transición, por cuanto al 1° de abril de 1994, no contaba con 35 o más años y tampoco contaba con 15 años de servicios o su equivalente en semanas cotizadas, esto es 750 semanas; 5) El señor Jorge Ernesto no hizo uso del derecho de retracto; 6) El señor Cerón Rozo ratificó su voluntad de continuar afiliado al RAIS y por ello solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, prestación que fue aprobada y reconocida en el mes de abril de 2010 bajo la modalidad de retiro programado; 7) Mediante comunicado se le reconoció al demandado la pensión de vejez, con una mesada de \$2.035.000 pagaderos a partir del mes de abril de 2010, y se le informó de todas y cada una de las modalidades pensionales del RAIS, optando por pensionarse bajo la modalidad de retiro programado.

2.1.2. RESPUESTA A LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN.

Mediante auto del 06 de diciembre de 2019 (fl. 235) la demanda de reconvención se tuvo por no contestada.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 26 de enero de 2021, en la que dictó **sentencia ABSOLUTORIA**.

Argumentó su decisión, en síntesis, exponiendo que no es ajeno a la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia desde el año 2008, respecto del deber de información que le asistía para la época del traslado, máxime por tratarse de

un afiliado que para la época era beneficiario del régimen de transición, como quiera que en la historia laboral se evidencia que había cotizado más de 15 años al 1° de abril de 1994, y si bien no cumplía los 40 años para dicha data, si cumplía con uno de los requisitos que era el tiempo de cotización.

Expuso que, no obstante lo anterior, en el caso de los pensionados, ese despacho ha señalado desde tiempo atrás, que no es procedente declarar la ineficacia o nulidad del traslado de régimen cuando se desprenden hechos que muestran su deseo de permanecer en el régimen, lo cual sanea la nulidad en los términos del artículo 1752 y siguientes del Código Civil.

Para el caso concreto, dijo, se probó la afiliación del demandante a Colfondos S.A. en el año 1995 y su posterior traslado a Skandia S.A. en el año 1997, también obra documental en la que el actor solicita su pensión y la respuesta dada por la AFP respecto de la pensión anticipada, además, se evidenció que el demandante goza de pensión anticipada bajo la modalidad de retiro programado desde el mes de marzo de 2010, con ello, se demuestra que el demandante desplegó actos respecto del reconocimiento de su pensión, ratificando su voluntad de permanecer en el RAIS y beneficiarse de una de las ventajas propias de este régimen pensional, como lo es el reconocimiento de la pensión a cualquier edad o anticipada, corroborando con ello que sí conocía las características generales de ese sistema pensional, con lo que no hay lugar a declarar la nulidad o ineficacia del traslado.

IV. RECURSO DE APELACIÓN.

PARTE ACTORA.

Expuso que desde el comienzo se ha probado que lo que aduce el demandante es la falta de información por parte de los fondos de pensiones, la comparación entre los puntos claves de cada régimen, las ventajas, desventajas, características y diferencias de estos, que nunca le fueron puestos en conocimiento durante la ejecución del contrato de afiliación y ni siquiera al momento del disfrute del derecho pensional.

Indicó que cuando Skandia S.A. le reconoció la pensión en el año 2010, estas omisiones provocaron en el demandante un desconocimiento, máxime cuando al momento del traslado de régimen ya era beneficiario del régimen de transición.

Adujo que no se demostró que la AFP Skandia S.A. mostrara al afiliado las características, ventajas y desventajas del cambio de régimen, además, la juez de primera instancia manifiesta que la decisión la toma teniendo en cuenta que encuentra actos que sanean o ratifican la voluntad del demandante de permanecer en el RAIS, hechos que no se encuentran dentro del proceso, puesto que los únicos hechos que se encuentra probados es que el accionante suscribió formulario de afiliación a Colfondos S.A., posteriormente con Skandia S.A. y que en el año 2010 aceptó el reconocimiento de la pensión, sin que en ninguna de estas tres situaciones se probara que fue puesto en conocimiento del demandante cómo sería el reconocimiento de su pensión en el RPM y cuáles serían las diferencias de pensionarse entre uno y otro régimen.

Así las cosas, dijo, el demandante no podría objetar su afiliación o retrotraer en el tiempo la voluntad de quedarse en el régimen de prima media si no conocía los beneficios que reporta para el volver a Colpensiones y si esta información se le oculta es imposible que él se puede retractar de trasladarse a un régimen privado, siendo menester que es Skandia S.A. le pusiera en conocimiento las diferencias de pensionarse cada uno de los regímenes para que así de manera libre, voluntaria e informada pudiera decidir mantenerse en este régimen y esto no quedó probado dentro del proceso.

Precisó que la jurisprudencia ha indicado que el hecho de que se encuentre el formulario de afiliación firmado, no es prueba de que la persona haya dado su consentimiento de forma libre y voluntaria sino que simplemente es una prueba de que se hizo la afiliación, correspondiéndole a Skandia S.A. y Colfondos S.A. mostrar que dicha afiliación se hizo con el conocimiento, además, cualquier persona en pleno estado mental no va a elegir un fondo que los desfavorece, y en este caso la pérdida del régimen de transición le representa una pérdida grande al demandante.

Respecto del principio de buena fe al que se refiere la juzgadora de primer grado, resalta que si las AFP demandadas hubieran actuado conforme a este principio se habría permitido que el afiliado volviera en su momento a Colpensiones, además en el testimonio se indica que al momento de hacer el traslado a Skandia S.A. a él se le prometió que su pensión anticipada sería superior a la que obtendría de volver al RPM, actitud demuestra el premeditado actuar para tener a un afiliado, al que claramente no le conviene estar en este régimen, además para el año 2010, en virtud de la sentencia SU 062 de 2010 y C 1024 del 2004, el demandante hubiera podido volver al ISS sin ninguna

consecuencia jurídica, pues tenía más de 15 años cotizados para 1994, información que era de total relevancia para poder tomar una decisión informada.

Frente a sentencias de afiliados que ya han recibido la pensión, la H. Corte Suprema de Justicia ha tenido la oportunidad de analizar y estudiar estos casos, por lo que citó una sentencia en la cual establece que la consecuencia de declararse la omisión por falta de información, es ordenarse el traslado inmediato, es decir como si el demandante no se hubiera trasladado, por lo que el señor Cerón tendría derecho a su pensión como si nunca se hubiera trasladado, así lo decidió la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 4933 del 20 del 30 de octubre del 2019, además, que el Tribunal de Bogotá también se ha pronunciado frente a casos similares como en sentencia 312016002701 Magistrado Ponente Dr. Luis Carlos González del 05 diciembre de 2017, sentencia 3120140012401 Magistrado Dr. Miller Esquivel Gaitán, y otros pronunciamientos que son doctrina probable para que sea resuelto a favor del demandante, pues son situaciones similares en las que se analizan todos estos actos que de manera inequívoca llevan a entender que los representantes de las AFP no llegan a probar de ninguna manera que la afiliación se hizo precedida de la entrega de la información necesaria y suficiente.

Argumentó que la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 2251 del 26 de mayo de 2020, estableció que, precisamente cuando se debate la ineficacia o nulidad del traslado no se puede pretender que los actos posteriores al momento de la afiliación puedan sanear la voluntad de la persona si dentro de estos actos posteriores no se muestra que fueron precedidos de la información, además en los hechos números 12, 13 y 14 de la demanda, se estableció que la afiliación se hizo sin la información y sin la debida ilustración de las características y diferencias de los dos regímenes y, teniendo en cuenta que al contestar la demanda las AFP accionadas negaron dichos hechos, les correspondía a estas desvirtuar la afirmación o la negación indefinida hecha por el demandante, lo cual se incumplió, no habiendo prueba que demuestre el cumplimiento del deber de información.

Indicó que fueron allegados el formulario de afiliación y los formatos dispuestos por Skandia S.A. para la consecución de la pensión de vejez, además, el interrogatorio de parte de las dos demandadas no aportan elementos de juicio claros y suficientes que evidencien que el demandante conoció las implicaciones de uno u otro régimen máxime que cuando las AFP demandadas

tenían a su disposición pruebas como testimonios, pues son ellos quienes tienen acceso a las personas que incentivaron la afiliación del demandante, así como sus hojas de vida, pero ello no sucedió dentro del proceso para poder determinar la capacitación que tenían para la asesoría, también destacó que los dos representantes en su interrogatorio indicaron que la asesoría fue verbal, por ello no se entiende como pueden indicar en la contestación de la demanda que la información que se dio fue clara y completa si no puede demostrarse en este caso.

Finalmente, precisó que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los actos posteriores no pueden sanear la afiliación.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA.

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admitió el recurso de apelación.

En razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, mediante auto del 18 de junio del año que avanza, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de las demandadas Old Mutual S.A., Colpensiones y la Nación – Ministerio de Hacienda y Crédito Público, para reafirmar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S, la competencia del Tribunal se limita al estudio exclusivo de las materias objeto del recurso. Por ello se le veda a la Sala adentrarse en puntos que están al margen de la discusión, o que no fueron aducidos al sustentar el recurso.

Así mismo, conforme lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas a las entidades descentralizadas en las que la Nación sea garante, como lo es Colpensiones, se verificarán las condenas impuestas.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** se circunscribe a definir si deviene en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por el demandante del Régimen de

Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

INEFICACIA DEL TRASLADO.

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El *corpus argumentativo* construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado “buen consejo”, la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto, es cierto que la Sala Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y

Demandante: **JORGE ERNESTO CERÓN ROZO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, y los alcances de la ineficacia, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

<u>Etapas acumulativas</u>	<u>Normas que obligan a las administradoras de pensiones información</u>	<u>Contenido mínimo y alcance del deber de información</u>
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 3°, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014. Artículo 3° del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...)

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

c) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

(...) Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado".

d) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

"En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada -cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros.

d) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

Aunado a lo anterior, en la sentencia SL1217-2021, la Sala de Casación Laboral indicó, **en relación con el derecho de retracto**, que el estudio de la procedencia de la declaración de ineficacia del traslado de régimen pensional se debe circunscribir

a establecer si el fondo de pensiones brindó al afiliado, en forma oportuna y suficiente, la información necesaria y transparente para sopesar las ventajas y desventajas entre uno y otro régimen al tomar su decisión de trasladarse, de ahí que no resulte necesario ni relevante, para de ser el caso acceder a la aludida declaratoria, determinar si aquel ejerció o no su derecho de retracto o de retornar al régimen de prima media con prestación definida; en ese sentido, precisó el máximo tribunal:

“3.¿Era necesario que la accionante ejerciera el derecho de retracto para obtener la declaración judicial que impetra?

Como sustento de su decisión, el juez de apelaciones también adujo que la accionante no ejerció el derecho de retracto que le confiere la ley para regresar al régimen de prima media con prestación definida.

Dicha conclusión igualmente es desafortunada, en la medida en que la actora no demandó que se le hubiera impedido retornar al régimen de prima media con prestación definida; el objeto del litigio se orientó a demostrar que por el incumplimiento del deber de información por parte de la administradora privada de pensiones al momento del traslado, perdió los beneficios del régimen de transición.

Luego, lo que le correspondía al Tribunal dilucidar es si a la demandante se le brindó oportunamente la información necesaria y transparente que requería, para sopesar ventajas y desventajas de uno y otro régimen al momento de adoptar su decisión de trasladarse, no si con posterioridad al mismo ejerció o no el derecho a retornar al sistema público de pensiones.

Con otras palabras, si el juez de apelaciones hubiere entendido que la materia del litigio se circunscribió al consentimiento no informado para el cambio de régimen pensional, habría advertido, certeramente, los perjuicios que le ocasionó a la actora el cambio de régimen, en cuanto el traslado del sistema público de pensiones al privado le implicó la pérdida de los beneficios del régimen de transición. (...)”.

No obstante lo hasta aquí reseñado, la Sala de Casación Laboral en reciente sentencia, SL373-2021, se refirió a **la ineficacia del traslado en el caso de pensionados** y de la prescripción para elevar la solicitud de perjuicios, sentencia de la que se resalta lo siguiente:

“si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto

de traslado (vuelta al *statu quo ante*)¹, lo cierto es **que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer**, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relevar algunas situaciones:

Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes *y, además*, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.

Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.

Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.

Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos

¹ SL1688-2019, SL3464-2019

administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requería la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defiendan los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual **la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones.**

(...) **Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación.** Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un **perjuicio** en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a **valorar la totalidad de los daños irrogados** a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe **explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.**

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el **término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento.**

En este caso, la pretensión del demandante se contrajo a la ineficacia de la afiliación y la vuelta al estado de cosas anterior con el objetivo de pensionarse en el régimen de prima media con prestación definida. Por tanto, al no reclamar la reparación de perjuicios no podría la Sala de oficio entrar a evaluar esta posibilidad.

Finalmente, de acuerdo con lo expuesto, la Corte abandona el criterio sentado en la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, respecto a la invalidación del traslado de un régimen a otro cuando quien demanda es un pensionado". (Negrillas por la Sala).

De lo anterior puede concluirse que el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que en todos los casos de afiliados, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviere una expectativa pensional, ni que hubiere ejercido el derecho de retracto, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

No obstante, y sin perjuicio de lo anterior, en tratándose de pensionados, el órgano de cierre ha determinado que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer; que revertir el estatus de pensionado podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones; que por lo anterior, el pensionado que se considere lesionado puede obtener su reparación a través de la solicitud de perjuicios; y que el término de prescripción de tal acción debe contarse desde el momento en que el accionante obtiene la calidad de pensionado.

VII. EL CASO CONCRETO.

Se encuentra probado en el expediente que: **i)** El demandante se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación definida a través del I.S.S., desde el 16/08/1976, según la historia laboral obrante a folios 4 y 124; **ii)** El 26/09/1995 (fl. 139) se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de COLFONDOS S.A.; **iii)** posteriormente, el 12/12/1997 efectuó traslado entre AFP del RAIS, trasladándose a Skandia S.A. (fl. 186); **iv)** Solicitó pensión ante Skandia S.A. – hoy Old Mutual, la cual fue aprobada mediante comunicación GP100437 del **21/04/2010** (fl. 20 a 23), por lo que tiene el **status de pensionado desde el 01 de marzo de 2010**) y; **v)** solicitó retornar nuevamente al Régimen de Prima Media los días 23, 26 y 31 de julio del 2018, ante Colfondos S.A., Colpensiones y Old Mutual S.A., respectivamente, (fls. 28, 31 y 33), solicitud atendida desfavorablemente.

Pues bien. En el caso de marras, de las probanzas recaudadas en el juicio, se evidencia la falta al deber de información completa y comprensible por parte COLFONDOS S.A., en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración del acto de traslado de régimen de la activa, pues del formulario de afiliación visible a fls 139 que el demandante suscribió el 26 de septiembre de 1995 con dicha entidad, si bien consigna que la decisión se adoptó de forma libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que, en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado*².

Tampoco se avizora el cumplimiento de dicho deber de información del interrogatorio de parte surtido al demandante, pues en aquel, el demandante se limitó a exponer que al momento en que lo asesoraron por parte de Colfondos S.A. le dijeron que a los 62 años su pensión iba a ser mayor que en el ISS, que el traslado con Old Mutual S.A. tuvo una asesoría donde el asesor le explicó lo que le había dicho Colfondos S.A. y por eso su cambio de AFP, que también el ISS se iba a acabar. Del mismo modo, no es dable tener en cuenta los interrogatorios rendidos por los representantes legales de COLFONDOS S.A. y OLD MUTUAL S.A., para tener por acreditado el cumplimiento del deber de

² SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

información, recuérdese que la finalidad de este medio probatorio es lograr la confesión de la parte. Además, nadie puede constituir su propia prueba, tal y como lo ha dicho la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias como las SL2390-2020 y SL5109-2020.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento sería la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado, si no fuera porque se verifica que el accionante tiene ante el sistema la calidad de pensionado, **status adquirido desde el 01 de marzo de 2010**; situación consolidada que constituye un hecho consumado que no resulta posible ni razonable revertir o retrotraer, en los términos de la H. Corte Suprema de Justicia, por el efecto financiero desfavorable que generaría en el sistema público de pensiones dicho acto, tal y como lo expuso dicha Corporación recientemente en la ya citada sentencia SL 373 de 2021.

Por lo anterior, la accionante únicamente podría obtener su reparación a través de la solicitud de **perjuicios** -pretensión que no se elevó en el presente juicio-.

Por tanto, y ante la falta de prosperidad de las pretensiones, no queda otro camino que **CONFIRMAR la sentencia**, apelada. Por sustracción de materia no se hace necesario el estudio de los demás argumentos presentados en apelación, y se aclara que **no hay cabida a las pretensiones de la demanda de reconvención**, como quiera que las mismas estaban ligadas a la declaración de la ineficacia de traslado, circunstancia que también se incluirá en la parte resolutive de este proveído.

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA.

Sin costas en ambas instancias.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**,

Demandante: **JORGE ERNESTO CERÓN ROZO**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTROS**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

SEGUNDO.- **ABSOLVER** a la actora de las pretensiones elevadas en la demanda de reconvención, conforme se expuso en la parte motiva de esta determinación.

TERCERO. -Sin costas en ambas instancias.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

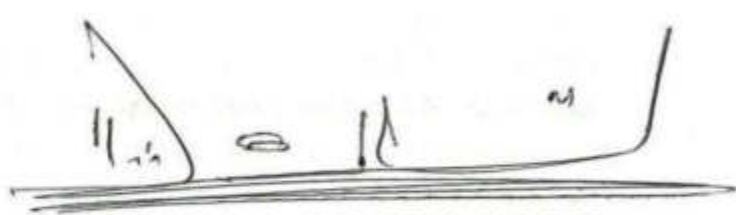
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

Rdo 110013105032202000227-01

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de enero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **YEIMY CAROLINA LAMPREA SILVA** promoviese contra **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, la actora pretende la declaratoria de un contrato de trabajo a término fijo desde el

29 de agosto de 2016 hasta el 27 de agosto de 2019; que devengaba la suma de \$6'931.400; que la terminación de su contrato de trabajo fue sin justa causa por parte del empleador; y que el proceso disciplinario seguido le vulneró el debido proceso, por lo que es nulo. Como consecuencia de lo anterior, solicita el pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, dejados de percibir desde el 19 de octubre de 2018 hasta el 27 de agosto de 2019, las que se deberán extender hasta que se haga efectivo su pago; intereses moratorios; sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías; y sanción por no pago de intereses a las cesantías.

2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumentó que: **1)** El 29 de agosto de 2016 suscribió contrato de trabajo a término fijo con la CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM, para desempeñar el cargo de Profesional de Defensoría; **2)** El 01 de diciembre de 2017 fue ascendida al cargo de Jefe de Secciones de Afiliaciones y Ventas Corporativas; **3)** El 28 de agosto de 2018 suscribió prórroga de su contrato de trabajo, hasta el 27 de agosto de 2019; **4)** El 08 de octubre de 2018 fue citada a descargos por la presunta conducta de infundir miedo a sus subalternos, lo que nació de la queja de acoso laboral presentada por Janith Tehany Cruz el 27 de agosto de 2018, quien solicitaba constantemente permisos, y debió ser requerida por tal situación; **5)** La queja presentada por Janith Tehany Cruz fue remitida al Comité de Convivencia Laboral, en donde solicitó la práctica de pruebas que nunca fueron evacuadas; igualmente, se tomaron múltiples declaraciones de compañeros de trabajo, y dicho Comité solicitó el inicio de un proceso disciplinario; **6)** El 18 de octubre de 2018 le fue terminado su contrato de trabajo sin haberse agotado en debida forma el proceso disciplinario; y **7)** A la fecha de terminación del vínculo laboral devengaba \$6'931.400.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM (07. Contestación Demanda CAFAM.pdf), se opuso a las pretensiones de la demandada, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, inexistencia de las obligaciones demandadas y cobro de lo no debido, falta de título y causa en la demandante, buena fe, enriquecimiento sin causa, existencia de justa causa para la terminación del contrato de trabajo y la calificación de justa causa por parte de los contratantes, pago, compensación, buena fe, prescripción, y la genérica.

Aceptó la existencia de un contrato término fijo, que fue prorrogado varias veces, los extremos del vínculo laboral, el cargo desempeñado, el salario devengado a la fecha de finalización del vínculo, la apertura de investigación disciplinaria, así como la terminación del contrato de trabajo por estimar configurada una justa causa para ello.

En su defensa afirmó que a la demandante se le inició investigación disciplinaria por presuntas conductas de maltrato frente a sus subalternos, ya que hizo exigencias contrarias al reglamento interno de trabajo respecto de permisos para citas médicas, y amenazas intimidantes con ocasión a las solicitudes de dichos permisos, generando al interior del equipo de trabajo y de su subalterna Janith Cruz, una angustia permanente al solicitar un permiso que no solo era obligatorio por disposición del reglamento interno de trabajo de la entidad, sino necesario para el cuidado de su salud; que se pudo establecer que la actora de manera arbitraria el 11 de julio de 2018 ordenó comunicar a la señora Janith Cruz, la obligación de reponer las horas utilizadas para la asistencia a citas médicas, y le manifestó de manera reiterada y amenazante el descontento por las reiteradas solicitudes de permisos, pese a que padece una enfermedad

grave; y que se evidenciaron irregularidades en cuanto al cumplimiento del horario de trabajo entre el 10 de septiembre y el 04 de octubre de 2018, frente a lo únicamente se explicó por parte de la actora que su cargo no era operativo, sino ejecutivo.

Afirmó que a la terminación del contrato no quedó debiendo emolumento alguno derivado del vínculo laboral.

En cuanto a la violación al debido proceso, afirmó que se le comunicó con anterioridad las irregularidades que se estaban investigando, se le permitió la posibilidad de ser escuchada, se le otorgó un término de tres días para que diera la correspondiente respuesta, la que fue remitida por esta el 11 de octubre de 2011; no obstante, los argumentos de la demandante no fueron de recibo por parte de la empresa, pues se presentaron graves incumplimientos de sus obligaciones legales y contractuales.

Finalmente, explicó que la normatividad laboral no exige el cumplimiento de un procedimiento para dar por terminado un contrato de trabajo; que en todo caso,

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de enero de 2021, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que se encuentra acreditada la existencia de un contrato de trabajo a término fijo que inició el 29 de agosto de 2016 que se fue prorrogando y al que se le dio terminación el 18 de octubre de 2018.

Concluyó que se encuentra acreditado el hecho del despido con la carta de terminación de contrato de trabajo; que no obra en el reglamento interno de trabajo ningún procedimiento para

darlo por terminado; y que no se observa que el empleador hubiese vulnerado el debido proceso, pues informó las razones del despido, este gozó de inmediatez, y la trabajadora fue escuchada en descargos.

En cuanto a la justa causa afirmó que se encuentra acreditada, como quiera que se demostró suficientemente con el acervo probatorio recolectado, especialmente las actuaciones adelantadas por la actora y la trabajadora Janith Tehany Cruz González ante el Comité de Convivencia, que la demandante maltrataba a ésta última, que no le concedía permisos, que le impuso reponer el tiempo de permisos cuando los concedía; que el Comité de Convivencia actuó de conformidad con la normatividad, pues su competencia iba únicamente hasta emitir un concepto para que fuera conocido por el empleador, circunstancia que acaeció en el asunto; que el tratamiento sancionatorio de la Ley 1010 de 2006 es diferente a la potestad legal que tiene el empleador de dar por finalizado un contrato de trabajo cuando existe un incumplimiento grave de las obligaciones del trabajador; que conforme las conversaciones de whatsapp es claro que la actora tenía la intención de separar de su puesto de trabajo a Janith Cruz, y que conocía de la patología de salud que aquejaba a la trabajadora – cáncer-, por demás que quedó acreditado que trataba a esta trabajadora de forma despectiva, discriminatoria, humillante y con el fin de infundirle temor, manifestándole ante la situación de su hijo que estaba en la cuerda floja y que la iban a despedir, por lo que estimó está demostrado el maltrato de la demandante a sus subalternos, lo que resulta suficiente para tener por acreditada la justa causa alegada por parte del empleador.

V. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta. Luego se ordenó correr el respectivo

traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por los apoderados de éstas para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos** se circunscriben a determinar si para efectuar el despido de la accionante se debió agotar algún tipo de procedimiento; si en el finiquito contractual se vulneró el derecho fundamental al debido proceso, y por ende es nulo; y si la terminación de relación laboral aconteció por una justa causa.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA.

En los casos en que el objeto del proceso se relaciona con la declaratoria de terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa por parte del empleador, y la condena consecuencial de pagar la indemnización por dicha circunstancia, establecida en el artículo 64 del C.S.T., modificado por el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, a cada una de las partes entradas en la litis le asiste una carga probatoria diferente, así:

El Trabajador o pretensor, quien afirma haber sido despedido, debe probar el hecho del despido. Es así como debe tenerse presente que no basta con demostrar la existencia de la relación laboral y que ésta terminó, sino que debe demostrarse

por parte del actor que dicha terminación debido de la decisión unilateral del trabajador.

Por su parte el Empleador o demandado tiene la carga de demostrar que para terminar unilateralmente la relación de trabajo se amparó en una justa causa, o en su defecto que no hubo despido, sino que fin del vínculo se suscitó por una terminación legal del contrato de trabajo. Esta conclusión, amparada en la reiterada jurisprudencia sobre la materia entre otras sentencias, en las **SL592 de 2014, Rad. 431105 y SL2386-2020.**

Por otra parte, y en relación con el procedimiento disciplinario, es necesario precisar que la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencias como la **SL15245-2014 y la SL2351-2020**, ha explicado que si bien el derecho al debido proceso en tratándose de un despido, según las voces del artículo 29 constitucional presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, en razón a que este derecho es resultado del principio de legalidad, su vulneración sólo se puede predicar en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto o pactado expresamente un procedimiento previo para dar por terminado un contrato de trabajo.

Lo anterior no quiere decir que, al momento de llevarse a cabo un despido, el trabajador no pueda ejercer su derecho de defensa, pues el empleador al hacer uso de la decisión de finalizar el vínculo lo debe realizar con base en una justa motivación, según sentencia **SL2351-2020**, y más recientemente conforme lo dispuesto en la **SU-449 de 2020** proferida por la H. Corte Constitucional.

Igualmente, de manera pacífica y reiterada la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia tiene adoctrinado que, por la naturaleza correctiva del despido, dicho

acto no representa sanción disciplinaria. En sentencia **SL2150-2020**, señaló:

“El desconocimiento de la censura de los artículos 6 y 125 de la norma superior, la lleva a confundir el «despido» con la sanción de «destitución» que prevé el Código Único Disciplinario. Con base en estos preceptos constitucionales, el «despido» del trabajador con justa causa no tiene la misma naturaleza jurídica de una «destitución». Inclusive, puede darse el caso de trabajadores que se rigen por el Código Sustantivo del Trabajo en cuanto a sus condiciones de contratación y, a la vez, ser servidores públicos disciplinables, y, por tanto, ser sujetos de despido y de destitución, sin que se viole el principio *nom bis in idem* (no ser juzgado dos veces por el mismo hecho)”.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso.

No son objeto de controversia los hechos relativos a la existencia de un contrato término fijo que inició el 29 de agosto de 2016 que se prorrogó inclusive hasta el 27 de agosto de 2019, el cargo desempeñado por la demandante, el salario devengado a la fecha de finalización del vínculo, la apertura de investigación disciplinaria a la trabajadora y la terminación anticipada del contrato de trabajo de forma unilateral por el empleador al estimar configurada una justa causa para ello.

Pues bien. Al proceso se arrimó además la documental visible en las carpetas y/o archivos denominados a 04. Subsanción demanda -archivos de nombre: CamScanner 08-19-2020 17.13.44.pdf (1) (2) (5) (6) (7) (9); y CamScanner 09-04-2020 14.35.51.pdf (4) (5) (10) (11) (12)- y -07. ContestacionDemanda Cafam.pdf (fls. 81 a 325)

Igualmente, se arrimó la testimonial de **Claudia Magali Castro Duran, Ghislaine Natalie Cerón Barrera, Luis Fernando Mora, Janith Tehany Cruz González, y Gloria Teresa Caro Wilches**, quienes manifestaron lo siguiente:

Claudia Magali Castro como Jefe del Departamento de Riegos de la demandada, manifestó que conocía a la demandante pues también hace parte del Comité de Convivencia. Afirmó que que dentro del Comité de Convivencia son ocho integrantes, conoció el caso de la actora porque llegó una queja y tuvo que realizarle una entrevista; que la queja fue presentada por Janith Cruz; que trabajó el caso con Emma Catherine Nougués; que realizaron ocho jornadas de entrevistas con las partes involucradas y funcionarios de la subdirección de servicios sociales, profiriendo un concepto en el que se señaló que *“no se trata de este caso de deficiencias o liderazgo que pueden ser reforzados o superados por acompañamiento para mejoras de estas habilidades se trata de una conducta personal, inhumana, irrespetuosa, discriminante y de maltrato lo cual enmarcan un presunto acoso psicológico, ante su evidencia la empresa está en la obligación de investigar, puede tener medidas que por haber determinado conductas de presunto acoso laboral se solicita trasladar a relaciones laborales”*; que hasta ahí la recomendación por parte del área de Relaciones Laborales llega la competencia del Comité de Convivencia; que como Comité de Convivencia no son una instancia disciplinaria; que en la historia clínica que aportó Janith Cruz, se lograba verificar que los permisos que pedía esta trabajadora lo eran porque presentaba un carcinoma en la tiroides, así como que estaba acudiendo al I.C.B.F. porque estaba luchando por la custodia de su hijo pues este había sido objeto de abuso sexual; afirmó que si bien en la entrevista, la actora dijo que no conocía la situación de Janith Cruz, lo cierto es que los demás entrevistados coincidieron en que ella sí tenía conocimiento de su situación; que de la investigación se logró evidenciar que i) Janith Cruz tenía citas los sábados para no molestar a la accionante, lo que dilató la respuesta de los médicos, y iii) que la demandante le decía que estaba en peligro la renovación de contrato y que se estaba vistiendo mal.

Por su parte, **Ghislaine Natalie Cerón Barrera** afirmó ser Analista en el Área de Relaciones Laborales de la empresa

demandada, y que en razón de su cargo conoció a la demandante porque estaba ubicada cerca de su oficina, y porque estudió el caso que conllevó a su despido, pues para el momento de tales hechos ejercía como jefe del área encargada; que a la demandante se le abrió proceso disciplinario por la actitud que tomó frente a la trabajadora Janith Cruz, pues le negó permisos médicos, y le hacía reponer el tiempo de los que concedía; que en el procedimiento para imponer sanciones se da la oportunidad al trabajador de ser escuchado y que ejerza su debida defensa, para que CAFAM tome la decisión; que la demandante tuvo tres días para contestar; que en el expediente del Comité de Convivencia había testimonios de compañeros de Janith Cruz y compañeros de la demandante que afirmaban que ésta solicitaba que le averiguaran cuánto costaba "sacar a Janith Cruz"; que al requerírsele sobre el cumplimiento de horarios, la actora dijo que ella no era operaria y que al ser ejecutiva no daba explicaciones; que se abrió el proceso disciplinario por las conductas que se evidenciaron en el expediente, no porque el Comité de Convivencia lo hubiese indicado, encontrando que la demandante negaba permisos médicos, se extralimitó en sus funciones al divulgar políticas de reposición de tiempo que no tienen en la empresa, ejercer conductas tendientes a infundir miedo, pese a que la trabajadora padecía de cáncer y conocía de su situación; que cuando fueron a entregar los descargos a la actora, ésta no se encontraba en la oficina y justificó su inasistencia con que debía salir más temprano por razones pico y placa; y que las entrevistas recolectadas por parte del Comité de Convivencia sirvieron de evidencia para determinar las faltas de la actora.

Luis Fernando Mora Bravo indicó que como Jefe de Contratación Jurídica y Presidente del Comité de Convivencia del empleador, conocía a la demandante porque fue su compañera de trabajo y tramitó un expediente en su contra en el Comité de Convivencia; que atendió verbalmente a Janith Cruz pero como no la podía asesorar le manifestó que presentara una queja formal; que por reparto la queja se le asignó a Claudia Castro y

Catherine Nougués; que el Comité de Convivencia tienen ocho integrantes, de los cuales cuatro son representantes del empleador y cuatro de los trabajadores; que Claudia Castro y Catherine Nougués adelantaron la investigación, hicieron entrevistas, y expidieron un concepto consistente en que se debía llevar al pleno del comité, pues se habían encontrado conductas de la actora que eran compatibles con un presunto acoso laboral; que el Comité de Convivencia en pleno se aprobó por unanimidad el criterio de las dos investigadoras, y presentar la situación al Área de Relaciones Laborales; que la competencia del Comité de Convivencia por ley llega hasta ahí, hasta emitir el concepto de conductas de presunto acoso laboral; que Relaciones Laborales pidió el levantamiento de la reserva; que no son una instancia disciplinaria; que Catherine Nougués es representante elegida por los trabajadores y Claudia Castro representante elegida por la empresa; que cuando se cita a las personas que van a entrevistar tienen diseñado un documento que se llama de confidencialidad, anonimato y no temeridad; que en sólo tres o cuatro casos han encontrado temas de presunto acoso laboral y los han remitido al Área de Relaciones Laborales, pues tienen que ser situaciones muy graves, que atentan contra la dignidad, tales como, actos de intimidación, y persecución; que sí hay muchas quejas pero la mayoría no son acoso simplemente hay un mal lenguaje o fallas en la comunicación de jefes y subalternos que es muy diferente al irrespeto o atentar contra la dignidad de su subalterno, por lo que, en estos casos se apoya con temas de convivencia.

Janith Tehany Cruz González en su calidad de Asesor Corporativo II de la demandada, informó que fue quien puso la queja contra la actora por cuanto presentaba problemas de salud y la demandante la maltrató; que la demandante siempre se dirigía de manera grosera, despectiva, humillante e intimidante por presentar inconvenientes de salud, que además estaba pasando por una separación, y tenía una pelea por la custodia de su hijo; que era por lo anterior que solicitaba permisos, pero

que a la demandante no le agradó, condicionó sus permisos, prohibiendo que solicitara citas médicas en horario laboral porque eso perjudicaba la gestión comercial; que la demandante le manifestaba que “estaba en la cuerda floja” y que no podía meter las manos en el fuego por ella; que el problema que tuvo referente a su hijo es que éste fue víctima de un presunto abuso sexual por su antigua pareja; que el día que tuvo la conciliación de la custodia de su hijo tuvo que reponer tiempo; que le notificó a la actora su problemática; que la demandante le hacía comentarios despectivos, tal como que “la iba acuchillar” si seguía fumando, que la humillaba por su forma de vestir y por el barrio donde vivía; que tomó los permisos pertinentes porque estaba concentrada en su tema de salud y descubrir su diagnóstico; que no considera que haya esperado mucho, pues primero habló con la demandante, luego, con María Claudia Fosqui, y finalmente, teniendo más tranquilidad, en otra jefatura, realizó el proceso de la queja; que nunca dijo que lo que le estaba pasando fuera acoso laboral, simplemente presentó una queja; que debía cumplir un protocolo para pedir permisos, pero la actora no los aceptó; que tuvo que reponer el tiempo de los permisos solicitados; que el maltrato radicaba en el irrespeto, la actora se expresaba de manera humillante, despectiva, condicionaba todo, no la dejaba almorzar, la llamaba diciéndole que la iba a echar por estar pidiendo tanto permiso, y constantemente la humillaba diciéndole que “no la iba a renovar”; que la actora inició un proceso disciplinario en su contra, pero que la empresa no tenía conocimiento de esto; y que siempre tuvo acompañamiento de la jefatura, con citas de salud ocupacional y o psicología.

Gloria Teresa Caro Wilches expuso en su condición de Jefe de Afiliaciones de CAFAM que no tuvo ninguna participación en la desvinculación de la demandante; que actualmente está a cargo de Janith Cruz, y que ésta interpuso una queja ante el Comité de Convivencia por un acoso laboral; que la queja que Janith Cruz radicó, lo fue por temas de asistencias médicas, ella

estaba atravesando un cáncer, por lo que, se hizo necesario activar canales de acompañamiento, y se le ayudó a buscar quimioterapia; y que en el mismo año, la accionante tuvo un inconveniente con uno de sus hijos que fue abusado sexualmente, por lo que necesitaba acudir a algunas diligencias.

Finalmente, **Emma Ximena Catherine Nougues** dijo que era Odontóloga de CAFAM y que hacía parte del Comité de Convivencia; que conoció el caso que involucró a la demandante; en agosto del 2018, que lo primero que se hizo fue entrevistar a Janith Cruz, quien se ratificó en su queja por cuanto era una mujer que había sido diagnosticada con cáncer, y tenía un problema familiar por un presunto abuso de su hijo con el padrastro del menor, que la trabajadora se quejó por el trato de la demandante en cuanto a sus permisos, sus citas médicas y que se sintió discriminada por las manifestaciones que la demandante hacía de su manera de vestir; afirmó que en el trámite se hicieron varias entrevistas, encontrando los mismos hechos narrados por Janith Cruz, por lo que la conclusión fue que había un presunto acoso laboral, una discriminación, sarcasmos en público, un trato irrespetuoso e inhumano; y que fue unánime la opinión del Comité de Convivencia, por lo que se remitió el caso a Relaciones Laborales.

Por su parte escuchado el **interrogatorio de parte** practicado a la demandante debe decirse que el mismo no arroja prueba de confesión alguna en contra de la activa.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas, se advierte nítido **el despido** y el hecho argüido por el empleador como justa causa para fulminar el contrato de trabajo, de conformidad con la carta de terminación de folios 175 a 181 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam., en la que el empleador arguyó que se encontraron acreditadas conductas contrarias al buen trato a los trabajadores que afectaron el ambiente laboral de la dependencia que tenía a su cargo la

demandante; que el actuar de la actora resultó contrario al sentido de humanidad y ajeno al principio de solidaridad; que ordenó reponer horas a su subalterna, Janith Cruz, así como le manifestó su descontento frente a los permisos que solicitaba pese a que ésta padecía de una enfermedad muy grave, y le recomendó prudencia en la solicitud de dichos permisos; que la trabajadora Janith Cruz fue objeto de maltrato, pues usó expresiones despectivas acerca de su forma de vestir, su formación académica, aunado a que le manifestaba que había que echarla; y que la actora no justificó el incumplimiento de su jornada laboral entre el 10 de septiembre y el 04 de octubre de 2018.

Dilucidado lo anterior, se procederá a estudiar si los hechos en los que el empleador basó el despido constituyen o **no justa causa**. Para cumplir tal cometido, **se verificará en primer lugar si era necesario o no agotar un procedimiento previo para llevar a cabo el despido.**

De esta manera, la Sala se remite en primer lugar al contrato de trabajo suscrito entre las partes, obrante a folios 82 a 89 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam, documento en el que no se estableció algún tipo de procedimiento o trámite previo a efectuar un despido. En igual sentido, al revisar el Reglamento Interno de Trabajo visible a folios 207 a 257 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam, se observa que tampoco en dicho documento - vinculante para las partes - se estableció procedimiento alguno a agotar previo al despido, razón por la que frente al punto debe decirse que el empleador no estaba obligado a seguir un trámite específico o concreto y por ello no puede predicarse la violación del derecho al debido proceso por cuanto en los reglamentos que ataron a las partes no se previó expresamente un procedimiento para despedir.

Tampoco se avizoran razones para declarar nulo el procedimiento disciplinario seguido a la demandante, por cuanto contrario a lo afirmado la Sala encuentra que se observaron las

garantías fundamentales al debido proceso, ya que en primer lugar la trabajadora autorizó levantar la reserva de los hallazgos encontrados por el Comité de Convivencia (fl. 126 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam); posteriormente fue notificada de la decisión del empleador de abrir investigación disciplinaria por los hechos ya conocidos (fls 95 a 174 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam); y se le dio la posibilidad de ser escuchada. (fls. 121 a 174 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam).

Dilucidado lo anterior debe seguidamente analizarse si la decisión de finalizar el vínculo laboral de forma unilateral se llevó a cabo con base en una **justa causa**.

Frente al punto se tiene que de conformidad con la prolija prueba documental y testimonial arrimada a las diligencias está probado que Janith Cruz en efecto radicó una queja ante el empleador los días 24 de agosto y el 06 de septiembre de 2018, señalando haber tenido que tolerar gritos y cuestionamientos frente a su estado de salud por parte de la demandante, al estar en estudio un carcinoma papilar; misivas en las que la trabajadora afirma que tuvo que cancelar varias citas médicas por el miedo que sentía de su situación laboral con la demandante, y en la que además narra que debido a situaciones delicadas de orden familiar debió asistir al I.C.B.F. y al regresar a su jornada de trabajo y pedir permiso para almorzar la actora se refirió a ella como abusiva y que ello “le parecía el colmo”, que lo anterior le generó una fuerte crisis emocional, pues se sintió atropellada y ridiculizada (04. Subsanación demanda CamScanner 08-19-2020. 17.13.44(5).pdf; y 04. Subsanación demanda CamScanner 08-19-2020. 17.13.44(6).pdf).

También está acreditado que en atención a la denuncia, se activó al interior de la empresa el Comité de Convivencia y que el 18 de septiembre de 2018, las señoras Catherine Nougués Pinzón y Claudia Magali Castro miembros del Comité de Convivencia

Laboral de CAFAM rindieron concepto de la queja elevada por Janith Cruz contra la actora ante dicho Comité, señalando que previamente se practicaron ocho entrevistas, y que con fundamento en las mismas se evidenció *un liderazgo deficiente, mal ambiente laboral, y falta de competencias en liderazgo* (04. Subsanación demanda CamScanner 08-19-2020. 17.13.44(7).pdf), razones por las cuales el Comité de Convivencia en pleno, el 28 de septiembre de 2018, determinó que debía ser puesto en conocimiento del área de Relaciones Laborales la queja de Janith Cruz (fls. 124 y 125 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam), hecho que además fue puesto en conocimiento de las partes implicadas quienes autorizaron levantar la reserva (fl. 126 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam).

Así mismo está acreditado que en el trámite de la investigación disciplinaria, la demandante tuvo la oportunidad de defenderse de las acusaciones referidas, y que en dicha ocasión señaló que nunca maltrató a Janith Cruz; que nunca negó un permiso para una cita médica, que nunca solicitó que se repusiera el tiempo de los permisos; que no tenía conocimiento del estado de salud de Janith Cruz; que nunca solicitó la terminación del contrato de un trabajador, ya que esto no es de su resorte, así como tampoco adelantó procesos disciplinarios; que los cuestionamientos relacionados con su horario de trabajo son incongruentes con la queja de acoso laboral, por demás que su cargo es el de un ejecutivo, y no el de un cargo operativo. (fls. 121 a 174 del archivo: 07. Contestación Demanda Cafam).

Evacuado el recuento probatorio, para la Sala resulta nítido que el empleador logró acreditar la justeza del despido. Lo anterior, de conformidad con la prolija prueba documental y testimonial arrojada a las diligencias – pero en especial aquella documental en la que se emite ante el Comité de Convivencia Laboral, el “concepto” en el caso adelantado por la queja de la señora Janith Cruz el 18 de septiembre de 2018, (archivo 04. Subsanación demanda CamScanner 08-19-2020. 17.13.44(7).pdf)

- prueba que, valga decir no mereció tacha alguna – en asocio con la testimonial, que la Sala encuentra conteste, armónica y coherente, y que logra dar cuenta de cómo la demandante sí incurrió en las conductas que se le endilgaron por parte de su empleador, al establecer que incurrió en maltrato a su subalterna Janith Cruz, al referirse a ella con expresiones ofensivas en relación con su forma de vestir, su forma de hablar, su formación académica y el lugar donde vivía.

También quedó documentado cómo la demandante negó, o manifestó inconformidad con los reiterados permisos solicitados por su subalterna, relacionados con su salud y su situación familiar, pese a la gravedad no sólo del diagnóstico médico que estaba en estudio (posible cáncer de tiroides) sino además la delicada situación familiar derivada de la cual se debatía la custodia de su hijo, quien presuntamente había sido víctima de abuso sexual; comportamiento displicente, desobligante y que a juicio de la Sala merece los reproches endilgados por el empleador pues ante la compleja, delicada y penosa situación que estaba viviendo la trabajadora Janith Cruz, en un sentido mínimo de empatía, humanidad y solidaridad, debió al menos agotar los canales que la empresa pudiera tener para brindarle apoyo de tal manera que, en la medida de lo posible no se viera afectado el desempeño de su área, pero tampoco la dignidad de la trabajadora; sin embargo y contrario a ello, la demandante incurrió en conductas de maltrato, impuso condiciones y limitaciones a la trabajadora por fuera de su competencia con el fin de infundirle miedo, al señalarle que no podía solicitar citas en el horario de trabajo, que debía reponer el tiempo perdido, y que no se le iba a prorrogar su contrato de trabajo, comportamientos que riñen con el respeto a la dignidad humana y que desconocen las necesidades materiales y morales básicas del trabajador, en tanto que un trato verdaderamente digno, conlleva el necesario otorgamiento de un mínimo de respeto y consideración ante las dificultades materiales y el dolor ajeno.

Así las cosas, la Sala comparte el criterio del A Quo, en tanto que la conducta desplegada por la demandante en el desempeño de sus funciones constituye una falta grave al cumplimiento de sus obligaciones y deberes, (Numeral 6°, Art. 62 del C.S.T), pues ciertamente incurrió en una extralimitación de sus poderes como jefe inmediata de la señora Janith Cruz, motivo por el cual el despido efectuado por su empleador se dio por justa causa, y acorde al debido proceso, por lo que, en tal sentido, no es dable declarar su nulidad, ni como consecuencia de esto el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a seguridad social perseguidos por la actora desde el 19 de octubre de 2018.

De igual manera, por sustracción de materia no hay lugar a determinar la imposición de condena por intereses moratorios, sanción moratoria, sanción por no consignación de las cesantías, y sanción por no pago de intereses a las cesantías, pues el reconocimiento de estas pretensiones se sustentó en la presunta nulidad del despido efectuado por el empleador, lo que como quedó visto carece de cualquier tipo de sustento y de prosperidad.

Por lo brevemente expuesto, la sentencia revisada en consulta se CONFIRMARÁ en su integridad.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

Demandante: **YEIMY CAROLINA LAMPREA SILVA.**

Demandado: **CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR CAFAM.**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO.

Magistrada Sustanciadora.

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014

AUTO

PRIMERO: Téngase por reasumido el poder por la doctora CLAUDIA LILIANA VELA, identificada con T.P. No. 123.148 del C.S. de la J., como apoderada principal de Colpensiones.

SEGUNDO: Reconózcase como apoderado (a) sustituto (a) de Colpensiones al (a) Dr. (a) LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificado (a) con C.C. No. 1.049.614.551 y T.P. No. 246.554 del C.S. de la J., en los términos y para los fines de la sustitución a ella conferida.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J. CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), a resolver el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la parte DEMANDANTE, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá, el 11 de febrero de 2021 dentro del proceso ordinario laboral que **MARÍA YOLANDA PULIDO RODRÍGUEZ** promoviese contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Hechos y pretensiones

En lo que aquí concierne con la demanda se pretende se declare la ineficacia del traslado efectuado por la demandante del régimen de prima media (en adelante RPM) al régimen de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) a través de la AFP Protección S.A.

Como consecuencia de ello, solicita se ordene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones todos los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración pertenecientes a la cuenta de ahorro individual de la accionante.

Fundamentó sus pretensiones, en los siguientes hechos:

1) En el mes de mayo de 1987 se afilió al ISS; 2) Se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección S.A., en octubre de 1999; 2) Protección S.A., no la asesoró acerca de las consecuencias de trasladarse de régimen pensional; 3) Protección S.A. no le indicó que al efectuarse el traslado podría recibir una mesada pensional inferior a la que se recibe en el RPM; 4) Protección S.A. no le dio a conocer los inconvenientes que podrían producirse por su traslado; 5) Elevó reclamación administrativa ante Colpensiones el 09 de diciembre de 2019; 6) El 16 de diciembre de 2019 Colpensiones responde de manera negativa su solicitud; 7) Actualmente no se encuentra devengando pensión por parte de Protección S.A.

Actuación Procesal.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA

Notificadas las convocadas, contestaron en los siguientes términos.

COLPENSIONES, (Archivo No. 02) se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó descapitalización del sistema pensional, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al

pago de costas en institucional administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Indicó que, a la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1994, esto es al 1° de abril de 1994, la accionante no contaba con la edad, ni tampoco con una expectativa legítima ni derecho adquirido en el RPM, razón por la cual, no es de recibo que pretenda regresar al RPM tal y como lo solicita.

De otro lado, adujo que, para el 9 de diciembre de 2019, fecha en la cual solicitó ante Colpensiones el traslado, se encontraba inmersa en la prohibición legal contemplada en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003.

Expuso que, vistos los hechos de la demanda es fácil concluir que en el presente asunto no se da el vicio de consentimiento alegado por error, toda vez que el mismo no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto celebrado entre el demandante y la AFP Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

Por lo anterior, expuso, no se está frente a lo consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, el cual establece que es nulo todo acto o contrato al que le falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo, en este caso el consentimiento, adicionalmente, de encontrarse alguna nulidad, la misma no fue alegada dentro del término a que se refiere el artículo 1750 de la mentada codificación.

Concluye indicando que, al haber fundado la actora su pretensión en el hecho de haber sido engañada por los asesores de Colfondos S.A., de conformidad con los artículos 1516 del CC y 167 del CGP, le correspondía la carga de probar dicha afirmación, lo que brilla por su ausencia en este caso.

PROTECCIÓN S.A. (Archivo No. 4), se opuso a las pretensiones presentadas en su contra y propuso las excepciones de mérito las denominadas, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o

ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

Resaltó que brindó una asesoría completa y comprensible a la demandante al momento de realizar su afiliación, la cual se hizo conforme a la normatividad de la época y conforme las exigencias existentes para ese momento y adujo que no puede hablarse de una nulidad en el acto jurídico de la afiliación de la demandante pues no existe error en el consentimiento y mucho menos fuerza o dolo, pues la decisión tomada se dio de manera libre y voluntaria y en ese sentido el acto jurídico objeto del presente proceso es absolutamente válido; tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de afiliación, pues esta entidad jamás ha ejercido fuerza o presión sobre alguna persona para que se afilie al mismo.

Indicó que, tampoco puede pretenderse la ineficacia del acto jurídico de la afiliación, pues Protección S.A. jamás ha ejercido ni ejerce, ni ejercerá fuerza o presión sobre una persona para que se afilie a esta AFP, y nunca ha atentado contra el derecho de la demandante a la selección libre, voluntaria y espontánea del organismo de seguridad social al que quiso pertenecer, acorde a lo preceptuado en el artículo 271 de la Ley 100 de 1993.

Finalmente, indicó que la demandante no hizo uso ni del derecho de retracto no de la facultad de traslado de régimen pensional contemplado en el art. 13 de la Ley 100 de 1993, que en el presente caso no puede aplicarse el precedente jurisprudencial pues la actora no ostenta la calidad de pensionada ni es beneficiaria del régimen de transición, además, ha de tenerse en cuenta que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y que en caso de encontrarse una nulidad por vicio en el consentimiento la misma se encuentra prescrita de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1750 del Código Civil.

III. SENTENCIA APELADA

El **A quo** dictó sentencia **ABSOLUTORIA**.

Para arribar a tal conclusión expuso, señalando en prime lugar la sentencia SL 1763 del 2020, que el deber de información es una obligación que corresponde a las AFP en su ejercicio, debiendo ser diligente y de tal manera que permita al afiliado comprender la lógica, beneficios y desventajas del cambio de régimen, así como los efectos negativos de esa decisión; adicionalmente, en sentencias como la SL 31989 y 31314 del

2008, resaltó que esa información comprende todas las etapas del proceso e insiste que debe brindarse desde antes de la afiliación, precisando que en el formulario que firman los afiliados y en el que se expresa que su traslado se dio de manera libre y voluntaria, se echa de menos la falta de información veraz y suficiente que esa decisión tiene.

Con base en ello precisó que Protección S.A. pudo haber arrojado los documentos donde demostrara que la actora, para el año 1999, era asesora comercial de otro fondo o de ese mismo, y en tal virtud, tenía el pleno conocimiento de toda la jurisprudencia recopilada para soportar esta decisión y demostrar que la demandante no era una afiliada lega, sino experta, y pudo haber traído todos los cursos de capacitación que se le dieron previo al año de 1999, sin embargo ello no se acredita para poder concluir que la demandante hubiese contado con la ilustración suficiente que le permitiera optar por su traslado.

Pese a lo anterior, afirmó que sí queda claro que la demandante, al trabajar en un fondo privado como asesora comercial, "conoce, porque la capacitación es para eso".

Por lo anterior, pese a que indicó que Protección S.A. no acreditó que brindó la información a la demandante, y que existe una *duda razonable* respecto del conocimiento de la actora, consideró que, ante la duda, para que se configure la ineficacia del traslado se concreta en que es necesaria la concreción de la lesión injustificada al derecho pensional de la actora del menoscabo como consecuencia de la insuficiencia de la información que le pudo haber sido suministrada erróneamente a la demandante y cómo pudo haber sido el cambio del régimen en el caso que se analiza, así, el perjuicio debe de ser probado en el transcurso del proceso, así como que el mismo afecte la prestación económica que se está construyendo, esto es la pensión.

Por lo anterior, dijo, tampoco quedó demostrado plenamente de que la accionante no hubiera sido conocedora del sistema pensional y que ello le ocasiona un perjuicio, por lo que se remite a la jurisprudencia citada y al artículo 167 del CGP, donde se indica que las partes tienen que probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellos persiguen, siendo importante destacar que si la demandante en este proceso ha demostrado adicionalmente que la omisión de información le hubiese podido generar un efecto que señala o

sea un perjuicio a su derecho pensional, pues su mesada en el RAIS sería menor a la que podría recibir en el RPM.

Concluyó exponiendo que, revisado el expediente, observa que del análisis de ninguna prueba documental se evidencia que en el RAIS la mesada de la actora resultara inferior que la que podría reconocérsele en el RPM, lo que impide al a quo identificar si efectivamente se le ocasionó algún perjuicio a la actora, por ello, y porque tampoco queda claro de que la demandante fuera desconocedora del régimen, es decir que fuera una afiliada lega en la materia y al no demostrarse el perjuicio invocado, se niegan las pretensiones incoadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

PARTE ACTORA

Indicó que, como lo manifestó la accionante, trabajaba en Colmena como asesora comercial, pero no se argumentó que ella trabajara como asesora de pensiones, ella era asesora de medicina prepagada, además el que fuera asesora no es prueba suficiente y sustancial de que la demandante tuviera los conocimientos de las diferencias entre un régimen y otro.

Dijo que este asunto no versa sobre los perjuicios que se le puedan causar a la actora, sino frente al cumplimiento del deber de información por parte de la AFP de suministrar toda la información suficiente al momento de efectuarse el traslado entre regímenes pensionales, poniendo de presente que los requisitos establecidos por la jurisprudencia no versan sobre el perjuicio que recae sobre el afiliado sino sobre la falta del deber de información que brindaron las administradoras de pensiones y en el presente caso no se demostró que Protección S.A. hubiera efectuado la asesoría suficiente a la demandante.

Concluyó exponiendo que en este caso el perjuicio es de amplio conocimiento pues la mesada de la accionante se ve gravemente afectada en el RAIS respecto del RPM.

Actuación Procesal en Segunda Instancia

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante auto de fecha 04 de mayo de 2021, se admite el recurso de apelación.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, por auto del 18 de junio del año que avanza se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el cual fue utilizado por los apoderados de la demandante y Colpensiones, quienes reiteraron lo expuesto en su demanda, recurso y contestación.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y finalmente, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del CPTSS, modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, según el cual, las sentencias que fueran totalmente adversas al trabajador, afiliado o beneficiario, deben surtir el Grado Jurisdiccional de Consulta.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico** por resolver se circunscribe a determinar si devino o no en ineficaz el traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Para empezar, es del caso recordar que el asunto relativo al tema de traslado entre regímenes pensionales, ha sido abordado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en múltiples ocasiones, forjando una tesis al respecto, a partir de las sentencias con radicación No. 31.989 de 2008, 33.083 y 31.314, ambas de 2011. El corpus argumentativo construido a partir de estas sentencias, ha señalado que es atribuible a la entidad administradora de pensiones privada una responsabilidad social y empresarial, especialmente con el potencial usuario de los servicios que ofrece, a fin de que en el proceso de la captación de nuevos clientes les suministre toda la información posible acerca de las ventajas y desventajas que puede acarrear tal cambio, máxime si ello influye notoriamente en su futuro pensional, toda vez que en esa libre competencia entre administradoras se empleaban diversas estrategias para captar nuevos afiliados. Ha derivado la Corte, desde esos requerimientos, ante la ausencia de lo que se ha llamado "buen consejo" la consecuencia de declarar la ineficacia de esos traslados de régimen pensional.

De igual manera, atendiendo a las consecuencias que la Sala Laboral ha derivado de la ineficacia de los traslados al Régimen de Ahorro Individual, resulta claro que el Alto Tribunal ha optado, con inmodificable persistencia, por la vía de la ineficacia por inexistencia del acto jurídico, en este caso, por la ausencia total de consentimiento al momento de la afiliación o del traslado, siendo ese consentimiento un elemento de la esencia del negocio.

Frente al punto es cierto que la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia no ha ahondado en disquisiciones sobre la noción misma de la ineficacia; a diferencia de la Sala Civil, que durante décadas ha debatido sobre los conceptos de nulidad absoluta, inexistencia e ineficacia, sin llegar a un acuerdo pleno, al que tampoco han llegado los doctrinantes; no obstante, en punto al abordaje del tema a través de la ineficacia, debe decirse que la jurisprudencia del trabajo sí se ha explayado en razones para explicar, de un lado que (i) la vía adecuada sí es la de la ineficacia y del otro, (ii) cómo en los casos donde ha prosperado la declaratoria de la ineficacia, se ha estado en ausencia de un consentimiento informado, entendido como un procedimiento que garantiza, antes que aceptar un ofrecimiento o un servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna. (Sentencia con radicado 68838 de mayo de 2019).

La mirada censora de la Corte sobre estos procedimientos de las Administradora de Pensiones se ha ido ampliando, desde los afiliados que tenían el beneficio de transición o estaban próximos a pensionarse a toda clase de afiliados, por ello resulta pertinente para los fines de resolver el asunto, traer a colación apartes textuales de la reciente **sentencia del 8 de mayo de 2019, (SL1688-2019, Rad. 68838)**, la cual compendia para el día de hoy, con total claridad y precisión, el estado de la materia en asuntos de ineficacia de traslados de régimen pensional por falta de una adecuada información, las consecuencias de la declaración dada por los afiliados en los documentos de traslado de régimen, la carga de la prueba, los alcances de la ineficacia y las reasesorías que se realizan con posterioridad al traslado inicial, entre otros.

a) Sobre el deber de información, en la sentencia citada quedó dicho:

“El anterior recuento sobre la evolución normativa del deber de información a cargo de las administradoras de pensiones podría, a grandes rasgos, sintetizarse así:

Etapa acumulativa	Normas que obligan a las administradoras de pensiones información	Contenido mínimo y alcance del deber de información
Deber de información	Arts. 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 Art. 97, numeral 1.0 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 Disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal	Ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, lo que incluye dar a conocer la existencia de un régimen de transición V la eventual pérdida de beneficios pensionales
Deber de información, asesoría y buen consejo	Artículo 30, literal c) de la Ley 1328 de 2009 Decreto 2241 de 2010	Implica el análisis previo, calificado y global de los antecedentes del afiliado y los pormenores de los pensionales, a fin de que el asesor o promotor pueda emitir un consejo, sugerencia o recomendación al afiliado acerca de lo que más le conviene y, por tanto, lo que podría perjudicarlo
Deber de información, asesoría, buen consejo y doble asesoría.	Ley 1748 de 2014 Artículo 3. 0 del Decreto 2071 de 2015 Circular Externa n. 0 016 de 2016	Junto Con lo anterior, lleva inmerso el derecho a obtener asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales.

1.4 Conclusión: La constatación del deber de información es ineludible.

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

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

Así las cosas, el Tribunal cometió un primer error al concluir que la responsabilidad por el incumplimiento o entrega de información deficitaria surgió con el Decreto 019 de 2012, en la medida que este exista desde la expedición de la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993 y era predicable de la esencia de las actividades desarrolladas por las administradoras de fondos de pensiones, según se explicó ampliamente.

Adicionalmente, la Sala no puede pasar por alto la indebida fundamentación con la que la Sala Primera de Decisión Laboral del Tribunal de Medellín emitió su sentencia, pues sin razón alguna se limitó a señalar que a partir del Decreto 019 de 2012 es imputable responsabilidad por omisión o cumplimiento deficitario del deber de información a las AFP, sin especificar la norma de ese decreto que le daba sustento a su dicho y sin la construcción de un argumento jurídico que soportara su tesis. Es decir, la sentencia estuvo desprovista de una adecuada investigación normativa y un discurso jurídico debidamente fundamentado”.

b) En cuanto a las consecuencias de las constancias que se registran en los formularios de afiliación o traslado, la ya referida SL1688-2019, Rad. 68838, explicó:

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

Sobre el particular, en la sentencia CSJ SI. 19447-2017 la Sala explicó:

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

Por tanto, hoy en el campo de la seguridad social, existe un verdadero e insoslayable deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SI. 19447-2017), entendido

como un procedimiento que garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, la comprensión por el usuario de las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen. Vale decir, que el afiliado antes de dar su consentimiento, ha recibido información clara, cierta, comprensible y oportuna.

Como consecuencia de lo expuesto, el Tribunal cometió un segundo error jurídico al sostener que el acto jurídico de traslado es válido con la simple anotación o aseveración de que se hizo de manera libre y voluntaria y, por esa vía, descartar la necesidad de un consentimiento informado”.

c) En cuanto a la carga de la prueba: También procesalmente, la Corte realiza un enfoque especialísimo, pues invierte la carga de la prueba respecto a ese debido asesoramiento. En la sentencia con radicado 68.838 de 2019 ya mencionada, lo explicita así:

“En consecuencia, si se arguye que a la afiliación, la AFP no suministró información veraz y suficiente, pese a que debía hacerlo, se dice con ello, que la entidad incumplió voluntariamente una gama de obligaciones de las que depende la validez del contrato de aseguramiento. En ese sentido, tal afirmación se acredita con el hecho positivo contrario, esto es, que se suministró la asesoría en forma correcta. Entonces, como el trabajador no puede acreditar que no recibió información, corresponde a su contraparte demostrar que sí la brindó, dado que es quien está en posición de hacerlo.

...Paralelamente, no puede pasar desapercibido que la inversión de la carga de la prueba en favor del afiliado obedece a una regla de justicia, en virtud de la cual no es dable exigir a quien está en una posición probatoria complicada –cuando no imposible- o de desventaja, el esclarecimiento de hechos que la otra parte está en mejor posición de ilustrar. En este caso, pedir al afiliado una prueba de este alcance es un despropósito, en la medida que (i) la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; (ii) la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que (iii) es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.

Mucho menos es razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que, como se explicó, las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación, tienen una clara preeminencia frente al afiliado lego. A tal grado es lo anterior, que incluso la legislación (art. 11, literal b), L. 1328/2009), considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros.

d) En cuanto al alcance de la ausencia del deber de información y de los nulos efectos que pueden generar las reasesorías posteriores, quedó dicho en la sentencia SL1688-2019, Rad. 68838, la cual se viene citando in-extenso que:

Ahora, si bien la AFP brindó a la actora una reasesoría el 26 de noviembre de 2003, en virtud de la cual se concluyó la inconveniencia de continuar en Protección S.A., la Sala considera que este servicio no tiene la aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP al momento del traslado, por dos razones:

En primer término, porque el traslado al RAIS implicó la pérdida de los beneficios derivados de la transición al no contar la demandante con 15 años de cotización o servicios a 1. 0 de abril de 1994. Es decir, así se hubiese trasladado la demandante al día siguiente de la reasesoría, de todas formas ya había perdido la transición.

En segundo lugar, porque la oportunidad de la información se juzga al momento del acto jurídico del traslado, no con posterioridad. Como se dijo, el afiliado requiere para tomar decisiones de la entrega de datos bajo las variables de tiempo e información, que le permitan ponderar costos, desventajas y beneficios hacia el futuro. Desde este punto de vista, un dato solo será relevante si es oportuno, es decir, si al momento en que se entrega brinda al destinatario su máximo de utilidad. Por el contrario, si la asesoría no se otorga oportunamente y, por tanto, pierde su utilidad, ello equivale a la ausencia de información.

Por otro lado, no es de recibo el planteo de Protección S.A., cuando sostiene que una vez realizó la reasesoría, Myriam Arroyave Henao no mostró interés en la ineficacia de la vinculación al RAIS, al conservar su status de afiliada durante un tiempo, Se dice lo anterior ya que la sugerencia de Protección S.A. de regresar al RPMPD, se produjo el 26 de noviembre de 2003, y el formulario para la nueva afiliación al ISS se diligenció el 14 de enero de 2004 (f. 0 97), es decir, la interesada no dejó transcurrir dos meses desde que recibió asesoría. Por lo demás, este lapso es razonable, pues dada la relevancia de esta determinación, era

natural que la accionante se tomara un tiempo de reflexión, buscara información y consejo profesional para, finalmente, adoptar su elección.

e) Respecto a las expectativas pensionales o derechos adquiridos, la pluricitada sentencia SL 1688-2019, expuso:

"(...) ni la legislación ni la jurisprudencia tiene establecido que se debe contar con una suerte de expectativa pensional o derecho causado para que proceda la ineficacia del traslado a una AFP por incumplimiento del deber de información.

De hecho, la regla jurisprudencial (...) es que las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional y, además, que en estos procesos opera una inversión de la carga de la prueba a favor del afiliado.

Lo anterior se repite, sin importar si se tiene o no un derecho consolidado, se tiene o no un beneficio transicional, o si está próximo o no a pensionarse, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado, considerado en sí mismo."

De lo anterior, puede concluirse que, el órgano de cierre de nuestra especialidad laboral ha sentado una férrea postura en torno a que, en todos los casos, la migración de un régimen a otro debe estar precedida de una decisión informada que le permita al afiliado hacer la selección más apropiada a su plan de vida. Luego entonces, la ausencia de las connotaciones que enmarcan una decisión debidamente informada (que sea cierta, suficiente y oportuna) constituyen por sí sola una lesión al derecho a ejercer la elección en seguridad social, envuelta en el incumplimiento del deber de un buen consejo por parte de la A.F.P, que devendrá en la ineficacia del traslado de régimen pensional, sin que se torne relevante que el afiliado tuviese o no la calidad de beneficiario del régimen de transición o tuviera una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

f) Posteriormente, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, al referirse a la posible **descapitalización del fondo y la afectación del principio de sostenibilidad financiera, dijo lo siguiente:**

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con solidaridad a una cuenta individual, lo cierto es que en uno y otro caso los recursos tienen una destinación específica: el pago de la pensión de vejez. En tal dirección, el literal g) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 subraya que independientemente del régimen pensional al que se esté afiliado, «para el reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

“Vale destacar que, en este caso, en virtud de la declaratoria de ineficacia del cambio de régimen pensional, el pago de la pensión corre a cargo del fondo común de naturaleza pública administrado por Colpensiones, a través del cual se «garantiza el pago de las prestaciones de quienes tengan la calidad de pensionados» con sustento en «los aportes de los afiliados y sus rendimientos» (art. 32 L. 100 de 1993) Esto es, la pensión a cargo del régimen de prima media con prestación definida tiene que estar soportada en las cotizaciones de sus afiliados, las cuales nutren el fondo público y, por tanto, justifican el reconocimiento de la pensión. Sin estas es un despropósito exigir el pago de una pensión, con mayor razón si se tiene la intención de no devolver esos dineros.

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar. La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

VI. EL CASO EN CONCRETO

En el expediente está probado que la activa: **i)** se afilió al RPMPD administrado hoy por COLPENSIONES el 19/05/1987 (Archivo 2); **ii)** solicitó traslado hacia el R.A.I.S el día 23/04/1997 a través de la A.F.P COLMENA AIG (hoy Protección S.A.) (fl. 16 Archivo 4); y **iii)** solicitó retornar nuevamente al RPM el 09/12/2019 (fl 11 Archivo 1), ante Colpensiones, no obstante, tal petición fue negada por dicha entidad.

A folio 16 del archivo No. 4 del plenario se avizora el formulario de afiliación que la demandante suscribió el 17 de septiembre de 1999 con la AFP Colmena AIG (hoy Protección S.A.), el cual, si bien refiere que la decisión se adoptó libre, espontánea y sin presiones, esa sola afirmación no acredita que en efecto, se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos expuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, según los cuales *"la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado."*¹

Al punto, ha de rememorarse que conforme el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social el Juez no está sujeto a la tarifa legal de pruebas, por lo que el fondo privado Protección S.A. estaba en la libertad de usar cualquier medio probatorio de los consagrados en la legislación para demostrar el cumplimiento del pluricitado deber de información, situación que no aconteció en el caso bajo estudio.

Siendo importante resaltar que dicha omisión no puede, en este caso, suplirse con el cargo que la demandante ostentaba al momento del traslado, el cual, conforme al formulario de afiliación del folio 16 (archivo No. 4), era el de "asesor comercial" de Colmena Salud, y tampoco ello acredita el cumplimiento del deber de información por parte de la otrora Colmena AIG (hoy Protección S.A.), máxime cuando no se encuentra demostrado que el cargo ostentado por la accionante para el 17/09/1999 en Colmena AIG correspondiera a asesora comercial en temas pensionales, de hecho, conforme la entidad que se menciona como su empleadora para esa data, se observa que era asesora comercial pero de una entidad prestadora de servicios de salud, pues, se reitera, su empleador para ese momento era Colmena Salud, tal y como se plasmó en el formulario de afiliación antes citado.

Por lo antes expuesto, y al no acreditarse por parte de la AFP encartada que hubiese suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, esto es al momento inicial del traslado de régimen y no de manera posterior, la sanción jurídica a ese incumplimiento es la **ineficacia** o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

¹ SL 4426-2019 Radicación No. 79167,

Frente a dicha sanción jurídica, ha de indicarse que la jurisprudencia del máximo órgano de cierre de la jurisdicción laboral ha dispuesto que la consecuencia de la afiliación desinformada es **la ineficacia** y por ello, el examen del acto de cambio de régimen debe abordarse desde dicha institución y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, por ello, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento resulta errado.

En efecto en la pluricitada SL 1688-2019, señaló:

“La reacción del ordenamiento jurídico (arts. 271 y 272 L. 100/1993) a la afiliación desinformada es la ineficacia, o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado. Por este motivo, el examen del acto del cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde la institución de la ineficacia en sentido estricto y no desde el régimen de las nulidades sustanciales, salvo en lo relativo a sus consecuencias prácticas (vuelta al status quo ante, art. 1746 CC), dejando a salvo las sumas de dinero recibidas por el trabajador o afiliado de buena fe.

Por lo expuesto, resultada equivocado el análisis de estos asuntos bajo el prisma de las nulidades sustanciales, particularmente, el exigirle al afiliado demostrar la existencia de vicios del consentimiento (error, fuerza o dolo), pues, el legislador expresamente, consagró de qué forma el acto de afiliación se ve afectado cuando no ha sido consentido de manera informada.

Por lo demás, no sobra recordar que la ineficacia o ineficacia de pleno derecho, ha tenido un desarrollo vertiginoso en las legislaciones tutelares o caracterizadas por la protección a ciertos grupos vulnerables, o que, por distintas razones, se encuentran en un plano desigual frente a su contratante. En estos sectores, el Estado interviene para salvaguardar la autonomía de las personas, reducir el desequilibrio negocial o evitar abusos de las posiciones dominantes de grupos económicos. Un ejemplo de ello es el derecho del trabajo, la legislación de protección al consumidor o del consumidor financiero.

La ineficacia excluye todo efecto al acto. Es una reacción eficiente, pronta y severa frente a aquellos actos signados por los hechos que dan lugar a su configuración. La concepción de este instituto tiene una finalidad tuitiva y de reequilibrio de la posición desigual de ciertos grupos o sectores de la población que concurren en el medio jurídico en la celebración de actos y contratos.

Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos."

Es por ello que la Sala no encuentra acierto en la decisión del A Quo, por lo que **REVOCARÁ** la sentencia apelada y, en consecuencia, se **DECLARARÁ LA INEFICACIA** del acto de traslado de María Yolanda Pulido Rodríguez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colmena AIG (hoy Protección S.A.) el día 17 de septiembre de 1999 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.

VALORES A DEVOLVER POR PARTE DE LA AFP COMO CONSECUENCIA DE LA INEFICACIA DEL TRASLADO

Como consecuencia de la declaratoria de ineficacia de traslado, resulta consecuente ordenar el reconocimiento y pago de la totalidad de los valores recibidos por la sociedad administradora de fondo de pensiones y cesantías PROTECCIÓN S.A., **incluyendo los gastos de administración**, y todos aquellos y estos debidamente indexados, ya que dichos montos pertenecen al Sistema General de Seguridad Social con el cual se financiará la pensión.

Frente al particular, debe decirse que, en sentencia SL 1421-2019 Rad. 56174 del 10 de abril de 2019, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señaló:

"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 esta 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.”

Y en la sentencia SL 638 de 2020 Rad. 70050, mencionó:

“Respecto a los efectos que produce la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, encuentra la Sala que estos consisten en que las cosas deben retrotraerse al estado en que se encontraban con antelación, esto es, como si el traslado no hubiera ocurrido, lo que aparece que Colfondos S.A. deba devolver los aportes por pensión, los rendimientos financieros y los gastos de administración al Instituto de Seguros Sociales”.

Finalmente, en la sentencia SL 2877 de 2020 Rad. 78667, indicó:

“De modo que al no existir una norma explícita que regule los efectos de la ineficacia de un acto jurídico en la legislación civil, acudió al aludido precepto relativo a las consecuencias de la nulidad, el cual consagra las mismas consecuencias de aquella. Dicha disposición establece:

Artículo 1746. 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 el objeto o causa ilícita.

*En las **restituciones mutuas** que hayan de hacerse los contratantes en virtud de este pronunciamiento, será cada cual responsable de la pérdida de las especies o de su deterioro, de los intereses y frutos, y del abono de las mejoras necesarias, útiles o voluntarias, tomándose en consideración los casos fortuitos, y la posesión de buena fe o mala fe de las partes; todo ello según las reglas generales y sin perjuicio de lo dispuesto en el siguiente artículo.*

Entonces, según la norma precedente, el efecto de la declaratoria de ineficacia es retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado *ineficaz*, a través de las restituciones mutuas que deban hacer los contratantes, que debe decretar el juez y para lo cual se fijan unas reglas en tal disposición. En otros

términos, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos y, en virtud de ellos, cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia.

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

[...]. Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implican dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; [...].

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

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

Así las cosas, se **CONDENARÁ** a la **AFP PROTECCIÓN S.A** a devolver a **COLPENSIONES** todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la actora al régimen de prima media, tales como aportes, rendimientos, costos cobrados por concepto de administración, bonos pensionales, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o

cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció el accionante en dicho régimen, como quiera que es la administradora de fondo de pensiones a la que actualmente se encuentra afiliada la señora Pulido Rodríguez.

En igual sentido, se **CONDENARÁ** a **COLPENSIONES** a recibir todos los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante; a reactivar de manera inmediata su afiliación al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad; y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

PRESCRIPCIÓN

En lo que respecta a la excepción de prescripción se tiene que, la acción de ineficacia de traslado no está sometida al término trienal de prescripción que rige en materia laboral por corresponder a un asunto que está ligado estrechamente con la construcción de un derecho pensional, el cual aún no se ha causado y por tanto, resulta imprescriptible someter su reclamación a un periodo determinado, pues ello afectaría gravemente los derechos fundamentales del afiliado.

Al respecto, en sentencia SL 1688-2019 Rad. 68838, la citada Corporación expresó: *"la acción de ineficacia del traslado de régimen pensional es imprescriptible [...] pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*".

Frente al particular, considera la Sala, que la misma lógica se aplica a la prescripción de los gastos de administración y de los porcentajes descontados por seguro previsional, pues la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales, así como los derechos que de ella emanen son imprescriptibles (SL 1689-2019 y SL 687-2021).

VII. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Costas en esta instancia a cargo de Protección S.A. por ser vencidas en juicio, advirtiendo que en esta instancia no hay lugar a condena en costas a cargo de Colpensiones, pues a juicio

de la Sala, esta entidad resulta ser un tercero obligado a asistir al proceso atendiendo las pretensiones ventiladas y como consecuencia de la conducta indebida de la AFP privada, luego, en realidad no resulta vencido en juicio, sino un tercero afectado con la declaratoria de nulidad.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. – **REVOCAR** la sentencia apelada. En su lugar se dispone:

- 1.1. DECLARAR LA INEFICACIA** del acto de traslado de María Yolanda Pulido Rodríguez del régimen solidario de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, realizado a través de Colmena AIG hoy Protección S.A. el día 17 de septiembre de 1999 y, consecuentemente, que las cosas se retrotraigan al estado anterior al acto declarado ineficaz con los efectos jurídicos y económicos que tal determinación comporte.
- 1.2. CONDENAR** a Protección S.A. que proceda a trasladar a Colpensiones de manera inmediata, la totalidad de los dineros que a título de aportes fueron pagados por María Yolanda Pulido Rodríguez y sus empleadores, tales como, aportes, rendimientos, bono pensional, cuotas de administración debidamente indexadas, comisiones, aportes al fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, o cualquier otro valor que hubiere recibido la AFP durante todo el tiempo que permaneció la accionante en dicho régimen.
- 1.3. ORDENAR** a Colpensiones a recibir los valores enunciados en literal 1.2 de la presente providencia; a reactivar de manera inmediata la afiliación de María Yolanda Pulido Rodríguez al régimen de prima media con prestación definida por ella administrado, sin solución de continuidad y a reconstruir su historia laboral, teniendo en cuenta la totalidad de semanas de

Demandante: **MARÍA YOLANDA PULIDO RODRÍGUEZ**

Demandado: **COLPENSIONES Y OTRA**

cotización sufragadas en el régimen de ahorro individual.

1.4. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones planteadas por las accionadas.

SEGUNDO.- COSTAS en ambas instancias a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A.

Esta sentencia deberá ser notificada en EDICTO atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

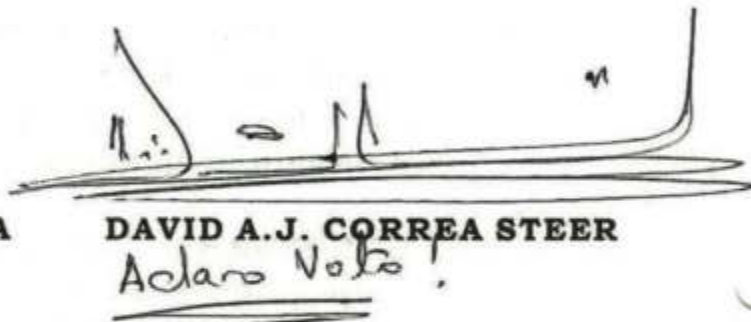
Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



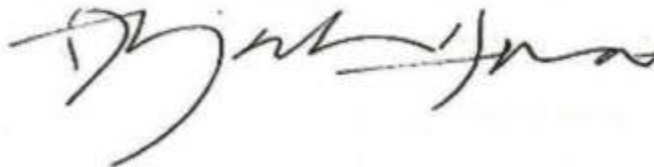
MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA


Aclaro Voto!

DAVID A.J. CORREA STEER

AUTO

Se señalan como agencias en derecho la suma de \$500.000 a cargo de Protección S.A.



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL**

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), estudiar en grado jurisdiccional de Consulta, la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de marzo de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **GERMÁN ORTEGA AGUILAR** promoviese contra **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda el actor pretende la declaratoria de un contrato de trabajo, del 18 de septiembre de 1996 al 01 de febrero de 2017; así como que la relación laboral terminó sin justa causa; que se incumplió con la obligación del

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

pago de aportes a seguridad social, así como con la obligación de pagar prestaciones sociales. Como consecuencia de lo anterior, solicita cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, salarios, indemnización por despido sin justa causa, sanción por no consignación de las cesantías, indemnización moratoria, indexación, e intereses moratorios.

1.2. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta:

1) Prestó sus servicios a **ALMATEC LTDA.**, desde el 18 de septiembre de 1996, desarrollando funciones de Gerente, en su calidad de socio fundador; **2)** A partir del 01 de enero de 2001 le comenzaron a pagar honorarios, los que ascendían a \$5'000.000, y, al finalizar la relación laboral, eran de \$13'540.961; **3)** Hasta 2009 le pagaron sus acreencias laborales con normalidad; no obstante, ante la intervención de **FIDUPREVISORA S.A.**, se presentaron demoras en sus pagos, cesándose el reconocimiento de estos, a partir del 01 de marzo de 2012; y **4)** No le han pagado las acreencias laborales que reclama.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN (fls. 72 a 99), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, de prescripción, inexistencia de la obligación, temeridad y mala fe, e inducción al error al despacho judicial.

En su defensa negó que el demandante tuviera un salario, respecto del tipo de vínculo, aceptó que el demandante fue socio fundador, y que en tal condición desempeñó las funciones de Gerente de **ALMATEC LTDA.**, desde el 18 de septiembre de 1996.

Indicó que los efectos de la liquidación judicial es dar por terminado los contratos de trabajadores, lo que quedó plasmado en el acta de apertura de confirmación de acuerdo de reorganización del 31 de enero de 2017; que era obligación del demandante efectuar el pago de los correspondientes salarios, prestaciones sociales, vacaciones, y parafiscales, por demás que no presentó ante el juez natural de la liquidación de la empresa, los créditos que consideraba se le adeudaban; que cualquier acreencia laboral requerida con anterioridad al 19 de febrero de 2015 se encuentra prescrita, pues la demanda tan sólo fue notificada el mismo día y mes de 2018; y que el proceso de reorganización fracasó por el incumplimiento de las obligaciones fiscales que contrajo el actor y su esposa, Jeanette Virgina Flórez Martínez, quienes además presentaban deudas por valores de \$5.187'702.565 y \$380'000.000, respectivamente.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 06 de marzo de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, refirió que, de la escritura de fundación de la sociedad, se logra establecer que el actor fue socio fundador de la demandada, y que fue nombrado como Gerente y Representante Legal, por demás que aparece acreditado que suscribió diversos contratos a nombre de la empresa; que pese a lo anterior, de conformidad con los testigos no es dable considerar que el actor tuviera la calidad de un trabajador subordinado, pues no cumplía un horario de trabajo, por demás que no recibió ningún tipo de rubro de naturaleza laboral, no hacía parte de la nómina de la compañía, y no se le efectuaron aportes de ningún tipo.

Adujo que en el accionante confluía la doble calidad de socio y representante legal, por lo que, resulta extraño que nunca haya hecho el pago de sus salarios ni prestaciones sociales como trabajador de la empresa; que aunado a lo anterior, el actor estaba afiliado a seguridad social en salud y pensiones desde 2015 a través de otra sociedad, Manejo Técnico de Información S.A., y en calidad de independiente; y que el actor en su calidad de representante legal en ningún momento puso en conocimiento de la Superintendencia de Sociedades las acreencias laborales que se le adeudaba, por demás que ante terceros jamás se presentó como trabajador, en la contabilidad no aparece ningún tipo de rubro a su favor.

En último término, indicó que conforme jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia si bien es dable ostentar la calidad de socio y gerente vinculado mediante contrato de trabajo, también lo es que, no el mismo accionante no podía a motu proprio establecer las condiciones de su contrato de trabajo ni mucho menos aprovechar tal situación para alegar en su favor de pago de acreencias laborales, pues tal actuar no estaría provisto de buena fe.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud

de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la Consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

V. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que el **problema jurídico a resolver**, se circunscribe a determinar si la relación que existió entre el actor y ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN devino en contrato de trabajo.

DEL PRINCIPIO DE LA REALIDAD SOBRE LAS FORMAS Y EL CONTRATO DE TRABAJO.

En materia laboral, el principio de la realidad sobre las formas consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, constituye un pilar fundamental en nuestro ordenamiento jurídico, pues en virtud de este, si en una relación determinada se reúnen los elementos que configuran o constituyen un contrato de trabajo, este primará sobre las formas convenidas por las partes, pues la razón de ser de ese principio es justamente evitar el desconocimiento de los derechos de los trabajadores y la elusión de los deberes patronales, dando preponderancia a la realidad en que se ejecuta un servicio personal, sin importar la denominación que se le hubiera dado.

En ese orden, para determinar si la naturaleza de un determinado vínculo contractual es laboral, la parte demandante debe acreditar la existencia de los elementos característicos de un contrato de trabajo, que conforme las voces del artículo 23 del C.S.T. son **i)** la prestación personal del servicio; **ii)** la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y **iii)** un salario, como retribución del servicio.

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

A renglón seguido, el artículo 24 *ejusdem*, establece la presunción de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo¹.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia ha señalado que en virtud de la presunción del artículo 24 del C.S.T., le corresponde a la parte actora demostrar la prestación del servicio para que opere a su favor la presunción legal de la existencia de un contrato de trabajo y, a la demandada, hacer lo propio para desvirtuar tal presunción, sentencia del 29 de junio de 2011, Rad 39377, reiterada en la SL12872-2017:

"[...] En efecto, como tantas veces lo ha asentado la jurisprudencia de esta Corporación, para la configuración del contrato de trabajo se requiere que en la actuación procesal esté demostrada la actividad personal del trabajador a favor de la demandada. Y en lo que respecta a la continuada dependencia o subordinación jurídica, que es el elemento característico y diferenciador de toda relación de carácter laboral, no es menester su acreditación con la producción de la prueba apta, cuando se encuentra evidenciada esa prestación personal del servicio, toda vez que en este evento lo pertinente es hacer uso de la presunción legal, que para el caso es la prevista en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo según el cual, "Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo.

Lo anterior significa, que a la parte actora le basta con probar la prestación o la actividad personal, para que se presuma el contrato de trabajo, mientras que es a la accionada a quien le corresponde desvirtuar dicha presunción con la que quedó beneficiado el trabajador.

Aquí desde un comienzo, tal y como lo halló establecido el Tribunal, quedó acreditada la prestación personal del servicio o la actividad desplegada por el accionante, presumiéndose por tanto la subordinación laboral, que en el sub lite, acorde a las reglas de la prueba, no fue desvirtuada por la sociedad demandada, conforme se establecerá en sede de instancia".

¹ **ARTICULO 24. PRESUNCIÓN.** <Artículo modificado por el artículo 2o. de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente>. Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo".

De esta manera, al margen del contrato que se hubiera podido celebrar entre las partes, si en virtud del principio de la primacía de la realidad aparece acreditado el elemento de la prestación del servicio, y no se logra desvirtuar el de la subordinación, se tiene por acreditada la existencia de un contrato de trabajo como acertadamente lo expuso la juez de primera instancia.

DEL CASO EN CONCRETO.

De lo probado en el proceso:

- i) Mediante escritura pública 2805 del 18 de septiembre de 1996 se constituyó la sociedad **ALMATEC LTDA.**, teniendo como uno de sus socios fundadores al señor Germán Ortega Aguilar, quien fue nombrado a través de ese mismo acto como Gerente y Representante Legal Suplente (fls. 21 a 31); información que es coincidente con los certificados de existencia y representación legal de folios 34, 35, 58 a 64, 67 a 70 (siendo el último del 22 de enero de 2018).
- ii) Los días 10 de septiembre de 2002, 10 de abril de 2003, 15 de enero de 2005, y 04 de julio de 2006, el actor en su calidad de representante legal celebró contratos de depósitos de archivos a nombre de la sociedad demandada (fls. 36 a 52).
- iii) El 22 de enero de 2008, el accionante renunció a su cargo de Gerente y vendió sus cuotas sociales a Jeanette Virginia Flórez Martínez, quien asumió el cargo de Gerente de **ALMATEC LTDA.**, (fls. 102 y 103).
- iv) El 12 de octubre de 2010, Jeanette Virginia Flórez Martínez renunció a su cargo de Gerente, y fue nombrado nuevamente en este el demandante (fl.104).

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

- v) Al accionante se le pagaban honorarios y dentro de la contabilidad de **ALMATEC LTDA.**, era un tercero, de lo que existe constancia desde el 31 de diciembre de 2006 hasta el 29 de febrero de 2012 (fls.53 a 57).
- vi) Mediante auto del 13 de octubre de 2015, la Superintendencia de Sociedades admitió en proceso de reorganización a la empresa demandada (fls. 105 a 111).
- vii) El 04 de noviembre de 2015, en calidad de representante legal el actor presentó el inventario de bienes y pasivos de la sociedad, dentro del cual no se relacionó como pasivo obligación laboral alguna a su favor (fls. 112 a 132).
- viii) Mediante auto del 01 de febrero de 2017, la Superintendencia de Sociedades decretó la terminación del proceso de reorganización, y se ordenó su liquidación por adjudicación (fls. 132 a 137).
- ix) El 06 de junio de 2017, el actor hizo entrega del balance y estados financieros, sin incluir ni mencionar obligaciones laborales a su favor; lo que igualmente fue certificado por la Revisora Fiscal de la sociedad (fls. 137 a 143 y 149).
- x) El 11 de abril de 2019, Comfamiliar Atlántico certificó que el actor gozaba de caja de compensación familiar en la empresa Manejo Técnico de Información S.A. (fl.504).

De igual manera, comparecieron a rendir testimonio **Olga Lucia Aguilera Monroy, Abel Cubillos Gutiérrez, y Hernán Jesús Camargo**, quienes manifestaron lo siguiente:

Olga Lucía Aguilera Monroy dijo, que fue la revisora fiscal de la sociedad demandada desde agosto de 2009 hasta el 01 de febrero del 2016; que el demandante tenía el cargo de

representante legal cuando ingresó a trabajar; que al actor se le pagaban honorarios, lo que se hizo con normalidad hasta el año 2012; que en su cargo tenía que estar al tanto que se hicieran los pagos de seguridad social; que al actor no se le hacían aportes por tema de liquidez; que el contrato del actor no era laboral, era de representación; que el actor le rendía cuentas a la junta directiva, la que estaba conformada por sus hijos y esposa; y que ella sólo tenía que asistir los jueves y ocasionalmente otros días, y el actor siempre estaba laborando en la empresa.

Por su parte, **Abel Cubillos Gutiérrez**, dijo ser empleado del actor, su jefe de seguridad en la empresa Centro de Diagnóstico; que trabajó en el DAS donde conoció al actor en 1992, a través de un grupo llamado UNASE, con el que afrontó el secuestro de su hijo; que posteriormente conoció la empresa **ALMATEC LTDA.**, la que fue fundada por el demandante, y fue dueño y gerente; que y muchas veces le hizo acompañamientos al actor en diferentes actividades que él ejercía en su cargo, como reuniones, archivos y acudir a Fiduprevisora; que no tuvo vínculo con **ALMATEC LTDA.**; que el actor como dueño de la empresa trabajaba todos los días, pero que andaba con él en diferentes horarios entre las 6:00 A.M. y las 8:00 P.M. o 10:00 P.M.; que no sabe de quién recibía órdenes el actor porque él era dueño o gerente de la empresa; y que el actor no siempre iba a la empresa, no iba todos los días.

Finalmente, **Hernán Jesús Camargo** explicó que tuvo vínculo con la empresa del 10 de octubre del 2008 al 16 de marzo del 2016; que es empleado del actor en el Centro de Diagnóstico Automotor S.A. desde el 01 de febrero del 2017; que ingresó a la sociedad demandada como Auxiliar de Bodega, luego fue Auxiliar de Archivo y posteriormente, Coordinador de Gestión Documental; que al actor lo reconoce como Gerente General o Representante Legal de la empresa; que el demandante ingresaba a las 7:00 A.M., pero que no sabe si cumplía un horario, por

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

salidas de las cuales, algunas de eran reuniones con clientes; que las órdenes provenían de la junta directiva de la empresa **ALMATEC LTDA**; y que desde que conoció al actor lo identificaba como uno de los jefes inmediatos.

Pues bien. Del análisis integral de las probanzas referidas se tiene por probado el elemento de la prestación personal del servicio, puesto que se encuentra acreditado que el actor prestó un servicio personal a favor de **ALMATEC LTDA.**, como Gerente y/o Representante Legal.

De esta manera, le correspondía a la demandada desvirtuar el elemento de la subordinación, respecto de lo cual se tiene que el testigo **Abel Cubillos Gutiérrez**, informó que el actor en su calidad de representante legal y/o gerente de la empresa no estaba sometido a un horario fijo de trabajo, ni acudía todos los días. Igualmente, dicho testigo junto con **Olga Lucia Aguilera Monroy y Hernán Jesús Camargo**, señalaron que si bien en su labor el demandante acataba las directrices de la junta directiva, era uno de los jefes y dueños de la empresa; nótese cómo de estas declaraciones no se logra establecer que el accionante tuviera que efectuar algún tipo de rendición de cuentas de su labor, u obedeciera algún tipo de orden, pues por el contrario, lo que se logra evidenciar claramente es su autonomía e independencia en el ejercicio de la prestación de sus servicios.

Aunado a lo anterior, del **interrogatorio de parte del accionante** es dable establecer que éste, en su calidad de gerente, ordenaba el gasto de la compañía; que fue la persona que presentó los documentos a la Superintendencia de Sociedades para que fuera admitido el proceso de reorganización de la empresa, sin señalar que se le adeudaban acreencias laborales; que él mismo suspendió sus pagos para darle prioridad a otros funcionarios de la compañía; y que entre los años 1996 y el 2017 no recibió órdenes, pero que en los comités que se hacían

al interior de la compañía se tomaban decisiones, y ejecutaba tales directrices.

Por tanto, considera la Sala que la pasiva logró desvirtuar el elemento de la subordinación, pues está lo suficientemente acreditado que el actor no recibía órdenes, y que no debía cumplir un horario fijo de trabajo. En todo caso, si en gracia de discusión se tuviere al actor como trabajador, en sentencia del 30 de noviembre de 2010, rad. 39143, reiterada en sentencia SL2265-2018, la H. Corte Suprema de Justicia, llamó la atención en cuanto a que, por razones de transparencia, no resultaba válido admitir que una misma persona, desde su condición de socio y/o gerente, suscribiera un contrato de trabajo en el que, a su vez, fungía como trabajador, para darse unas especiales condiciones que luego opondría a la empresa. En esa oportunidad dijo la Corte:

“En verdad, el razonamiento del Tribunal no se basó en la existencia o no del contrato laboral, sino en su duración y en la viabilidad ética y jurídica de que el actor, a pesar de ser gerente de la sociedad demandada, suscribiera un contrato laboral a término fijo, ostentando la doble condición de representante legal y trabajador, cuestión en la que nada incide la concurrencia de los contratos de trabajo y de sociedad.

Para ese fallador, “...no puede aceptarse que una misma persona se concentren las facultades para obligarse como persona natural al servicio del ente jurídico demandado y a su vez para obligar a la misma sociedad, pues tal situación contempla en sí una incompatibilidad de proceder”. Dijo, además, que, para garantizar la transparencia, quien debió suscribir el contrato en representación de la sociedad fue su subgerente, quien tenía las mismas facultades del gerente y remató esa argumentación señalando: **“No es aceptable tolerar que el demandante en forma unilateral estipule en el contrato de trabajo a término indefinido unas condiciones legales especiales que posteriormente utilizará en contra de la empleadora, desconociendo abiertamente las condiciones que comportan un acto jurídico, como lo es el acuerdo de voluntades de dos o más partes, pues, para el caso de autos, solo existió una parte, el señor (...).”**

Para la Corte los razonamientos jurídicos del Tribunal son acertados, pues se corresponden con las normas legales que gobiernan las facultades y restricciones de la representación, en tratándose de contratos comerciales, que buscan que una misma

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

persona no pueda fungir como contraparte de quien representa, o contratar consigo misma.

[...] A la luz de esa disposición, es forzoso concluir que la decisión del Tribunal es ajustada a derecho, pues no podía avalar que el actor, en su condición de gerente, estableciera, motu proprio, las condiciones de su contrato de trabajo.

El Tribunal tampoco infringió el artículo 55 del Código Sustantivo del Trabajo, que trata sobre la ejecución de buena fe del contrato de trabajo, como que consideró que ella no estaba presente en la conducta del demandante, lo que indica que tuvo en cuenta el precepto.

Estimó el juzgador que "También se echa de menos en el expediente que el demandante hubiera notificado a la junta directiva de la sociedad sobre la suscripción del mentado contrato, lo cual permite inferir que nunca salió de su órbita (sic) el conocimiento de las condiciones contractuales que solamente él conocía y que únicamente vino (sic) a ser públicas cuando se terminó el vínculo contractual para alegarlas en su favor, conducta con la cual preconstituyó unos elementos de hecho que nunca pudieron ser discutidos por la empleadora, proceder que incluso comporta la mala fe del trabajador." (Folio 282).

En conclusión, en el presente caso, en razón de las condiciones no discutidas relacionadas con la categoría del demandante, como gerente y trabajador de la empresa demandada, no le era dable que concentrara en su misma persona las facultades para obligarse como persona natural y, a la vez, para obligar a la misma sociedad en la fijación del término de su contrato de trabajo, como con acierto lo concluyó el ad quem" (Negrillas por la Sala).

Todo lo anterior conduce a reiterar que aunque la concurrencia de contratos prevista en el artículo 25 del Código Sustantivo del Trabajo supone, por regla general, una autonomía de los vínculos jurídicos que confluyen, lo cierto es que, en determinados casos, las actuaciones propias de cierta posición deben impactar a la otra, por exigirse de las personas un comportamiento consecuente y por no resultar apropiado un aprovechamiento indebido de sus propios actos; de manera que, tal como se anotara en la sentencia SL845-2021, si el actor contaba con potestades administrativas y societarias que le permitían intervenir directamente en el gobierno de la sociedad, tal como lo es participar en la gestión de su salario y prestaciones sociales, la eventual responsabilidad derivada de la omisión en

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN.**

el pago de sus acreencias laborales también le es atribuible, lo cual conlleva a denegar las pretensiones de la demanda.

Por lo brevemente expuesto, se CONFIRMARÁ la sentencia.

VII. COSTAS.

Sin costas en esta instancia.

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, Administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL,**

R E S U E L V E

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de origen y fecha conocidos por las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO - Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia deberá ser notificada en Edicto atendiendo los términos previstos en el artículo 41 y 40 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Los Magistrados,



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Código Único de Identificación: 11 001 31 05-036-2017-00750 -02

Demandante: **GERMÁN ORTEGA AGUILAR.**

Demandado: **ALMATEC LTDA. EN LIQUIDACIÓN POR
ADJUDICACIÓN.**



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



DAVID A.J. CORREA STEER

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO

Magistrada Ponente

Bogotá, D.C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021).

Discutido y Aprobado según Acta No 014.

De conformidad con el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 del 04 de junio de 2020, procede la Sala Segunda Laboral de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, integrada por los magistrados MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, DAVID A.J CORREA STEER y ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO (ponente), estudiar en GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 20 de octubre de 2020 dentro del proceso ordinario laboral que **OSCAR JAVIER RAMOS HURTADO** promoviese contra **DDB WORLDWIDE COLOMBIA S.A.**

SENTENCIA.

I. ANTECEDENTES

1.1. PRETENSIONES.

En lo que aquí concierne con la demanda, el actor aspira a la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido del 20 de octubre de 1998 al 30 de noviembre de 2014; así como a que se le liquidaron las prestaciones sociales y vacaciones por un valor inferior al que realmente devengó; y que la relación laboral

terminó sin justa causa y encontrándose diagnosticado con la enfermedad *Escoliosis Dorso Lumbar*. Como consecuencia de lo anterior, solicita reliquidación de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, y vacaciones; sanción por no consignación de las cesantías; sanción moratoria; e indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

1. HECHOS

Como fundamento de las pretensiones la activa argumenta: **1)** Suscribió contrato de trabajo a término indefinido con la empresa demandada el 20 de octubre de 1998, para desempeñar el cargo de mensajero, con una remuneración de \$205.000; **2)** Fue liquidado año a año, para lo que se tuvo en cuenta como base salarial el salario mínimo legal mensual vigente pese a devengar un valor superior; **3)** El 16 de septiembre de 2014 los encargados en salud ocupacional en la empresa descubrieron que padecía de una Escoliosis Dorso Lumbar; y **4)** El 30 de noviembre de 2014, fue despedido pese a encontrarse en estado de incapacidad.

II. RESPUESTA A LA DEMANDA.

Notificada la convocada contestó en los siguientes términos:

DDB WORLDWIDE COLOMBIA S.A. (fls. 133 a 162), se opuso a las pretensiones de la demanda, proponiendo como excepciones de mérito las que denominó, prescripción, inexistencia de fuero de estabilidad laboral reforzada, el demandante no prueba los supuestos de hecho que soportan sus pretensiones, inexistencia obligación pendiente en cabeza de la compañía, el demandante no prueba los hechos de la demanda, terminación del contrato de trabajo conforme a derecho e inexigibilidad de la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, legalidad de la liquidación final de acreencias laborales, buena fe de la compañía e improcedencia de las indemnizaciones moratorias, inviabilidad del cobro de

sanción moratoria establecido en el artículo 65 del C.S.T., enriquecimiento injusto, exoneración de sanciones y condenas de buena fe, compensación, y la genérica.

Aceptó la existencia del contrato de trabajo a término indefinido con el demandante, la fecha de ingreso de éste a su servicio, la función de mensajero y el salario inicialmente pactado de \$205.000.

Indicó que de acuerdo a la legislación vigente, el empleador no solamente efectuaba los pagos mensuales de nómina en favor del demandante sino también el pago de sus prestaciones sociales, vacaciones, y aportes a pensión; que al demandante se le consignaron las cesantías a través de Porvenir S.A.; que si bien la empresa pagaba un auxilio de rodamiento por la naturaleza del cargo del actor, era extralegal; y que durante el tiempo que perduró la relación laboral no existió ningún tipo de reclamación por parte del actor.

Finalmente, adujo que la condición médica del demandante nunca fue informada a la sociedad; que su patología no fue trascrita en su historia clínica, por demás que, su condición médica es de carácter confidencial; que en el certificado médico de egreso no se encontró que el demandante padeciera de una condición médica que le impidiera prestar sus labores; y que terminó unilateralmente el contrato de trabajo del accionante, puesto que es una facultad que le proporcionaba la ley.

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Agotada la etapa de pruebas, el juzgado de conocimiento puso fin a la primera instancia mediante providencia del 20 de octubre de 2020, en la que dictó **sentencia absolutoria**.

En síntesis, al no existir controversia en cuanto a la existencia del contrato de trabajo y su fecha de inicio, el A Quo

declaró los extremos temporales del 20 de octubre de 2008 al 30 de noviembre de 2014; al existir constancia que se efectuaron pagos salariales al actor hasta la última de las fechas, por lo que tuvo tal fecha como extremo final de la relación laboral.

Frente al salario encontró que el salario pactado fue el mínimo más auxilio de transporte, y sobre tales rubros se pagaron prestaciones sociales y vacaciones; que aunado a lo anterior, el accionante percibía un auxilio de rodamiento, pero que no tenía carácter salarial, ya que, no se pagaba como contraprestación del servicio, en la medida que tal auxilio no se pagaba para remunerar sus servicios, sino por concepto de gasolina, mantenimiento, revisión técnico mecánica, SOAT, por demás que, no se recibió de manera fija y permanente pues en tiempos de vacaciones su valor era inferior; y que lo anterior se logra extraer del interrogatorio de parte, así como de los testigos comparecientes a juicio.

Negó el ajuste de prestaciones sociales reclamado, y como consecuencia al pago de sanciones moratorias, al encontrar que dentro del expediente está acreditado el pago de prestaciones sociales y vacaciones, teniendo en cuenta el correspondiente auxilio de transporte.

En último término, indicó que no es dable reconocer la indemnización del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, como quiera que no está acreditado que la patología que padecía el accionante no le permitiese efectuar su labor, pues no le fueron emitidas recomendaciones ni incapacidades.

IV. ACTUACIÓN PROCESAL EN SEGUNDA INSTANCIA:

Allegadas las diligencias a esta Corporación, mediante el auto de fecha 09 de septiembre de 2021, se admitió el grado jurisdiccional de consulta.

Luego, en razón de las disposiciones adoptadas mediante el Decreto 806 de 2020, se dispuso correr el respectivo traslado a las partes para alegar, el que fue utilizado por el apoderado de la parte demandada para ratificar sus argumentos.

Ingresadas las diligencias al despacho, se observa que no existe nulidad que invalide lo actuado y, se advierte que en virtud de lo previsto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007, que establece la consulta de las sentencias que fueren adversas al trabajador, se verificará la sentencia proferida por la juez de primer grado.

VI. CONSIDERACIONES

Sentado lo anterior y conforme a los reparos expuestos en la apelación la Sala encuentra que los **problemas jurídicos a resolver** se circunscriben a determinar si en el caso del demandante se pagaron en debida forma las prestaciones sociales y vacaciones; si hay lugar a sanciones moratorias; y si el trabajador es acreedor de la indemnización de que trata el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

SALARIO.

El artículo 127 del C.S.T. establece que, *“constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de las horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio, porcentajes sobre ventas, y comisiones”*.

Es criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que los acuerdos de exclusión salarial entre las partes son válidos a la luz de lo dispuesto en el artículo 128