

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO DE FLOR MARÍA MORENO PEÑA CONTRA LA
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ. RADICADO
2017-00354-01. Juz. 11º.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), el Magistrado ponente en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión declaró abierta la presente audiencia pública.

Conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión que da cuenta la presente acta, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 28 de octubre de 2021 mediante el cual se negó el decreto de una prueba.

AUTO

Del presente proceso conoció inicialmente el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá y con posterioridad fue remitido al Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

Interpone la parte actora recurso de apelación contra la providencia dictada el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme al cual se negó el decreto del interrogatorio de parte a la demandante principal Flor María Moreno de Peña, solicitado por la interviniente ad-excludendum Bertha Isabel Rodríguez Marín y la empresa demandada Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo.

Como fundamento de la decisión manifestó el A-quo que con anterioridad a la audiencia la parte demandante allegó un certificado médico con el que se acredita

que la demandante FLOR MARÍA MORENO asiste a consultas por psicología con trastornos de ansiedad, que además padece riesgo cardiovascular y recomienda evitar situaciones desencadenantes de estrés, también se allegó la historia clínica que acredita que el 25 de octubre de 2021, acudió con un cuadro de 5 días de evolución por dicha situación, razón por la que en consideración al estado de salud de la demandante no decretó la práctica del interrogatorio de parte solicitado.

La apoderada de la tercera interviniente interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que se negó la prueba por razones de salud, pero que no se aportó al proceso un dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y no hay prueba que acredite que la demandante requiere un apoyo judicial. La demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ no interpuso recurso y en su lugar desistió de la práctica de la prueba de interrogatorio de parte a la demandante FLOR MARÍA MORENO PEÑA.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 15 Decreto 806 del 4 de Junio de 2020)

Demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Demandada: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Tercera Interviniente: Indicó que se debe decretar el interrogatorio de la demandante, en razón a que no existe dictamen de pérdida de capacidad laboral vigente, que acredite la imposibilidad de absolver el cuestionario que se le formule, por lo que pidió la revocatoria de la decisión.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el auto que no decreta la práctica de las pruebas es apelable conforme al numeral 4º del artículo 65 del C. P. del T. se precisa que el análisis del recurso se realiza en consonancia con los argumentos expresados en la apelación interpuesta.

Solicita la tercera interviniente se decrete el interrogatorio de parte a la demandante señora FLOR MARÍA MORENO PEÑA, persona que conforme lo indica la juez en la

providencia recurrida padece de trastorno de ansiedad y riesgo cardiovascular, respecto de la cual el médico recomienda evitar situaciones desencadenantes de estrés, hecho que no es objeto de controversia por la parte recurrente, por lo que tiene como aceptado. Su inconformidad radica en que no se allegó al proceso una calificación de la pérdida de la capacidad laboral o una escritura pública mediante la cual se le designe un apoyo judicial por su estado de salud.

Al respecto se tiene en cuenta por la Sala que no se discute en el proceso que se trata de una persona que tiene capacidad para actuar por sí misma, pero que conforme a la certificación médica allegada que fue aceptada por la parte recurrente, la actora padece de trastorno de ansiedad y otros padecimientos que generan un riesgo cardiovascular por lo que el médico recomienda evitar situaciones desencadenantes de estrés. Además, revisado el expediente se observa a folios 55 a 60 que la demandante es una persona de 84 años de edad, que tiene otros padecimientos de salud y que en efecto se presentaría una situación de estrés el tener que absolver un interrogatorio de parte lo que podría generar la posibilidad de afectar aún más su salud, por lo que debe tenerse en cuenta para resolver que la Constitución Política establece el derecho al “grado máximo de salud que se pueda lograr” lo que exige un conjunto de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas, y no solo la disponibilidad de servicios de salud, sino también condiciones que le permitan asegurar una mejor condición de salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, como el objeto de las pruebas que se solicitan en el trámite de un proceso, es la demostración de los hechos en que se fundan las pretensiones, en este caso, tanto de la demandante como de la tercera ad excludendum y el juzgado decretó las demás pruebas solicitadas por las partes, resulta preciso aceptar la consideración que el operador judicial hace respecto al estado de salud de la demandante para no decretar el interrogatorio de parte. No obstante, en caso de ser necesario puede el juez decretarlo como pruebas de oficio si así lo considera pertinente, pues es deber del juez procurar hacer uso de las pruebas oficiosas cuando busque salvaguardar garantías fundamentales, como la pensión, y en estos eventos, debe emplear todos los medios para su concreción y para que no se vulneren ni pongan en peligro los derechos pensionales tanto de la demandante como de quien interviene como tercera ad excludendum, por lo que si lo considera necesario puede decretarlo oficiosamente dentro de las oportunidades probatorias o antes de fallar.

Por lo expuesto, se ha de **CONFIRMAR** el auto impugnado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/L. (\$200.000)

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala tercera de Decisión Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida en el auto de fecha 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/L. (\$200.000) como agencias en derecho.

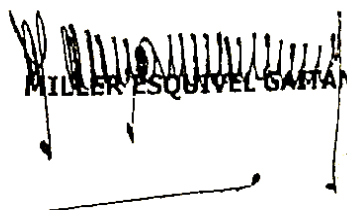
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARÍA AMPARO BERMÚDEZ CONTRA
FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA. Rad. 2019 –
00034 - 01 Juz. 12.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MARÍA AMPARO BERMÚDEZ demandó a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 9 y 10.

- Reconocimiento y pago de las primas semestrales y de vacaciones convencionales durante toda la relación laboral debidamente indexadas.
- Se declare que estas prestaciones son de naturaleza salarial
- Reajuste de cesantías
- Reajuste de intereses a las cesantías
- Reajuste de las primas de servicios
- Reajuste de las vacaciones.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 a 9. Se vinculó a la demandada el 1 de marzo de 1994 mediante contrato a término indefinido, su cargo es el de auxiliar administrativa en Quinchía (Risaralda), en la Federación demandada se

encuentra el sindicato SINTRAFEC, del cual es parte la actora desde junio de 2017. Entre la demandada y SINTRAFEC se han suscrito diversas convenciones colectivas en beneficio de los trabajadores, entre ellas la suscrita en 1974 que en su Art. 29 estableció una prima semestral para todos los trabajadores, así como la convención de 1984 que dispuso en su cláusula 10 una prima de vacaciones. Durante la vigencia de la relación laboral a la actora no se le ha cancelado ningún valor por los conceptos enunciados, la demandada argumenta que dichos beneficios son solo para los trabajadores sindicalizados, sin embargo, existen diferentes pronunciamientos jurisprudenciales donde se ha sostenido que los beneficios convencionales reclamados aplican para todos los trabajadores sindicalizados o no. Además, la demandada no está teniendo en cuenta que fue la misma convención de 1984 la que en su art. 16 indicó el campo de aplicación de esas disposiciones normativas. También expone que las primas pretendidas constituyen salario por ser habituales y por tanto las prestaciones sociales deben ser reliquidadas en consonancia con lo establecido en el Art. 9 de la Convención Colectiva de Trabajo del 19 de julio de 1996, en la que se dijo que la prima vacacional constituye factor salarial.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá el 18 de mayo de 2019 (Fl. 170) y corrido el traslado, la accionada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** contestó en los términos del escrito visible a folios 206 a 218 del expediente.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la vinculación laboral, el cargo desempeñado y los salarios percibidos desde el año 2015.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, prescripción, buena fe, falta de título y causa, pago, compensación, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa de la demandante y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que resolvió:

"PRIMERO: A partir de la existencia de la relación de trabajo entre **MARÍA AMPARO BERMÚDEZ** y la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, **CONDENASE** a pagar a favor de la señora **MARÍA AMPARO BERMÚDEZ**, la prima extralegal de servicios para los periodos de junio y diciembre de 2016, cada en \$2.214.400,50 y, para el año 2017 de \$2.369.409,00.

SEGUNDO: CONDENAR a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar a favor de la señora **MARÍA AMPARO BERMÚDEZ**, la prima extralegal de vacaciones para la mensualidad de julio de 2016 en razón de \$1.845.333,75.

TERCERO: CONDENAR a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar a favor de la señora **MARÍA AMPARO BERMÚDEZ**, el reajuste de cesantías para el año 2016 en la suma de \$153.777,81.

CUARTO: CONDENAR a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar a favor de la demandante, la indemnización del Art. 99 de la Ley 50 de 1990, así sean parciales en su valor total, en valor de \$17'665.995,10.

QUINTO: SEXTO (sic): DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, a excepción, de la prescripción respecto de acreencias causadas con anterioridad al 19 de enero de 2016.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, de las demás suplicas de la demanda incoadas por la señora **MARÍA AMPARO BERMÚDEZ**.

OCTAVO: CONDENAR en costas a **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, señalándose como agencias en derecho la suma de \$1.700.000.

Llego a esta determinación luego de verificar la vinculación laboral entre las partes, el cargo de la actora, la sede donde se prestan las labores y los salarios devengados por la demandante. Conforme la jurisprudencia de la SL CSJ, las normas del CST que regulan las prórrogas de las convenciones colectivas y su aplicabilidad, concluyó que la actora tenía derecho al pago de las acreencias convencionales perseguidas, resaltó que en el asunto la Federación debía respetar la voluntad de las partes al haberse convenido las prerrogativas convencionales a todos los trabajadores de la Federación las cuales no han sido derogadas. También resaltó que no era necesario condicionar la aplicación de los beneficios convencionales al pago de las cuotas sindicales. Luego de estudiar la excepción de prescripción que encontró procedentes

a partir de enero de 2016 sobre las prestaciones extralegales reclamadas, procedió con el cálculo de la prima extralegal de servicios y la prima extralegal vacacional para los años 2016 y 2017, reajustó el auxilio de cesantías para el año 2016 en la suma de \$153.777,81 y accedió a la sanción por no consignación de las cesantías del año 2016 (las que iban desde el 15 de febrero de 2017 al 14 de febrero de 2018).

Recurso de Apelación

DEMANDANTE: Una vez proferida la sentencia, el apoderado de la parte actora solicitó la adición o complementación de la misma, al advertir que el juez no se pronunció sobre el reajuste de los intereses a las cesantías, vacaciones y prima de servicios para los ciclos que no están afectados por la excepción de prescripción. En este punto, advierte La Sala que el A quo no se pronunció sobre tal pedimento quien dijo que el pronunciamiento de la parte actora lo entendía como una apelación.

DEMANDADA: Antes de exponer su recurso en una intervención bastante extensa, solicitó al juez que aclarara como ordenó el reajuste a las cesantías, a lo que se le contestó que la suma ordenada correspondía al monto faltante de lo que se debió haber pagado en su oportunidad. Aclarado el punto, el apoderado de la Federación solicita en síntesis que se revoque la sentencia proferida por el A quo por considerarla contraria a las normas del CST que regulan la vigencia y las prórrogas de las CCT. Reiteró los argumentos expuestos desde la contestación de la demanda, como lo es que el sindicato SINTRAFEC es un sindicato minoritario desde 1988, año para el cual ya no aplica las disposiciones previstas en el acuerdo convencional del año 1974 pues además de lo anterior, en las convenciones posteriores (años 1988, 1990, 1992, 1994, 1996 y 1998) tales prerrogativas no fueron objeto de reproducción. Dijo que la demandante debió haberse adherido a la convención y suscribirse al sindicato desde su vinculación, además de hacer los descuentos de las cuotas correspondientes, lo cual solo ocurrió hasta el año 2017. Citó como apoyo la sentencia proferida en segunda instancia en el proceso con radicado 08 2017 00610 01 – M.P. LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL, en la que en un caso similar se absolvió a la Federación.

En cuanto a las vacaciones, precisa que el A quo no tuvo en cuenta que ellas se disfrutaban vencido el año de servicio y que en el asunto ya fueron causadas,

reconocidas por la Federación y disfrutadas por el demandante, por lo que bajo ese razonamiento existiría un doble pago, por ende, lo que se debió haber hecho fue ordenar los periodos causados con posterioridad a enero de 2016 y no disfrutados con posterioridad a la afiliación del sindicato. Insiste que, desde el momento de la vinculación de la actora al sindicato, la entidad ha cumplido con el pago de todas las prestaciones extralegales a cargo. De otra parte, ataca el carácter salarial que el juez impartió a las primas extralegales, pues no se advirtió que el contrato de trabajo brindó la oportunidad a las partes de modificar las disposiciones previstas en la convención de 1996 – art. 9, en cuanto esa incidencia, por lo que mediante OTROSÍ y en observancia de los artículos 127 y 128 del CST las partes acordaron restar ese carácter salarial, y por eso el reajuste a las cesantías con sus condenas accesorias no proceden.

También está inconforme con la condena por la sanción prevista en el art. 99 de la Ley 50/90, la que no procedía, pues además de que la misma no fue pedida, por lo que la sentencia se salta el principio de congruencia, en el asunto es evidente que el actuar de la Federación no ha sido de mala fe y prueba de ello es el cumplimiento oportuno de sus deberes prestacionales como empleador, precisa que en otras sentencias ha sido absuelto tanto de la sanción prevista en el art. 65 del CST como la del art. 99 de la Ley 50/90.

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

Parte demandante: Guardo silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Pidió que se revoque la decisión, por cuanto existen pronunciamientos previos de esta Corporación en los que se sostiene que los beneficios pactados en la convenciones colectivas de trabajo no benefician a los trabajadores no sindicalizados, además, considera que la indemnización moratoria a la que fue condenada es injusta y no puede aplicarse de forma automática.

CONSIDERACIONES

No es objeto de controversia la existencia del contrato de trabajo entre las partes, sus extremos, la remuneración de la actora, el hecho que la demandante no estuvo

afiliada a la organización sindical SINTRAFEC antes del 2017, como tampoco que tal sindicato desde el año 1988 pasó a ser un sindicato minoritario. En ese orden y en consonancia con el recurso de alzada, procede La Sala a determinar si la actora, tiene derecho a que se le apliquen los beneficios convencionales suscritos entre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA y SINTRAFEC fuera de la época en que ella no ostentó la calidad de afiliada a la organización sindical, y en caso afirmativo verificar si las primas convencionales reclamadas son de carácter salarial, si hay lugar a reliquidar las prestaciones legales y si en el asunto era procedente la imposición de la sanción prevista en el art. 99 de la Ley 50/90.

APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO

Es sabido que los acuerdos convencionales buscan mejorar las condiciones y prestaciones mínimas que establece la legislación laboral, en consecuencia, las estipulaciones allí establecidas son la ley para las partes. A fin de desarrollar el asunto, ante el desconocimiento de la demandada de las disposiciones convencionales por ella pactadas, La Sala considera necesario hacer un breve recuento histórico de los compromisos adquiridos por la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, que para el año 1965 en su art. 40, previó:

"La presente convención colectiva será aplicada a todos los trabajadores de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA, y de la SOCIEDAD ANÓNIMA ALMACENES GENERALES DE DEPÓSITO DE CAFÉ S.A. – ALMACAFE. (...)"

Disposición ésta que fue ratificada en la cláusula 31 de la CCT de 1976 – 1978, en la del 1980 a 1982, y en el acuerdo convencional 1984 – 1986, de donde se concluye que la normatividad contenida en las convenciones colectivas de trabajo antes anotadas son aplicables a todos los trabajadores de la Federación y ALMACAFE independientemente de si están afiliados o no al sindicato, como quiera que las convenciones y laudos arbitrales posteriores a los prenombrados no modificaron tal situación, y así lo ha entendido y aplicado de forma pacífica la reiterada jurisprudencia que de antaño ha manejado la SL CSJ sobre el tema (sentencia con Rad. 24.197/2005, Rad. 27.459/2006, Rad. 37.478/2010, Rad. 38.463/2012, SL 6231/2016, SL 4613/2019, SL 2209/2020, SL 1428/2021, entre otras tantas). Ahora, como bien ya fue precisado la organización sindical SINTRAFEC perdió su condición

de sindicato mayoritario, no obstante, ello no significa que las cláusulas pactadas perdieron vigencia, pues este punto también ha sido ya un tema muchas veces desarrollado por la CSJ en múltiples decisiones hoy día citadas por las Salas de Descongestión, donde por ejemplo en sentencia con Rad. 45373 del 16 de agosto de 2017, que se hace alusión a las sentencias 24197 del 12 de mayo de 2005 y la 6962 del 28 de noviembre de 1994, se indicó:

"Conviene recordar que los artículos 470, 471 y 472 del Código Sustantivo de Trabajo fijan el ámbito de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, en el sentido de que no solo se extienden a los trabajadores afiliados a las organizaciones sindicales o a los no sindicalizados que laboran para empresas en las que existan sindicatos que agrupen más de las dos terceras partes del personal, sino que también los cobija cuando el empleador libre y voluntariamente contrae el compromiso de aplicar los beneficios convencionales a los empleados que no están incluidos en los supuestos señalados."

"Así las cosas, la sola circunstancia de que el sindicato que suscribió el acuerdo convencional haya dejado de ser mayoritario, no disuelve los convenios establecidos, pues si la cláusula convencional ordenó su aplicación a la totalidad de los trabajadores de la empresa, existe el deber jurídico de respetar esos compromisos."

"Cumple señalar que, en un caso de similares contornos, la Corporación en sentencia CSJ SL, 12 may. 2005, rad. 24197, dijo sobre la materia:

"Cumple precisar que no es en la ley donde se encuentra la fuente de la obligación que adquiere el empleador de aplicar la convención colectiva de trabajo a empleados diferentes de los que por vocación legal son beneficiarios de ésta, sino, como lo ha explicado esta Sala de la Corte, en la autonomía de aquél para obligarse, en el principio según el cual todo contrato legalmente celebrado es una ley para las partes y, por tanto, genera obligaciones a su cargo que deben ser honradas (pacta sunt servanda) y en la plena validez con la que el ordenamiento jurídico rodea la estipulación a favor de un tercero (artículo 1506 del Código Civil), caracterizada, la última, por representar la manifestación de una voluntad con eficacia jurídica, en cuya virtud el beneficiario se convierte en acreedor sin que haya mediado su consentimiento y sin necesidad de acuerdo de voluntades entre el deudor y el acreedor."

"Se sigue de lo hasta aquí explicado que al empleador no le está permitido desconocer unilateralmente la preceptiva recogida en una cláusula convencional que extiende los

beneficios de la convención a todos los trabajadores suyos. Será la negociación colectiva la senda indicada para lograr retirar del marco que gobierna las relaciones de empleador y trabajadores tal mandato convencional."

"Deviene de lo dicho que la circunstancia de que el sindicato que celebró una convención colectiva de trabajo deje de ser mayoritario no hace perder aliento jurídico a la cláusula convencional que ordena su aplicación a todos los trabajadores de la empresa, porque, se repite, no es la ley la fuente de la obligación adquirida por el empleador, sino su libertad para contraerla, su deber jurídico de respetar sus compromisos y la eficacia jurídica de obligarse para con un tercero distinto de su interlocutor contractual."

Aunado a lo anterior, el argumento de la Federación de que no da aplicación a las disposiciones convencionales porque no se efectuó el pago de la cuota sindical, también es un tema ya decantado por la Corte Suprema de Justicia, donde al analizar la cláusula 40 de la convención colectiva de trabajo de 1965 (en sentencia Rad. 38463 del 25 septiembre de 2012), indicó:

"...allí en ningún caso se está condicionando la aplicación de las prerrogativas convencionales al pago de las cuotas sindicales; por el contrario, la primera parte de la disposición extiende de manera clara la convención a "todos los trabajadores", mientras que la segunda estipula que por esos beneficios, a los trabajadores no sindicalizados se "les harán, con destino al Sindicato, las retenciones que autoriza la Ley", de manera que en realidad esta última estipulación antes que una condición, es apenas una consecuencia de la extensión de la convención a todos los trabajadores y su inobservancia por parte de la empresa en modo alguno incide en la determinación del alcance de la disposición contractual, como tampoco se ve este afectado por el hecho de que en vigencia del contrato de trabajo no se hubiera reconocido al actor ningún derecho de carácter convencional. ..."

En ese orden, fácil es colegir que las convenciones colectivas de trabajo suscritas entre SINTRAFEC y FEDECAFE son aplicables a todos los trabajadores independientemente si son o no sindicalizados, si el sindicato cambió su condición de mayoritario a minoritario, o si hace o no el pago de la cuota sindical; por tanto, se concluye que la demandante tiene derecho al pago de las primas extralegales de servicios y vacaciones tal como lo dispuso el juez, en cuanto a los ciclos ordenados y respecto de los cuales no hubo objeción de cara con la aplicación de la excepción de prescripción. Ahora, la demandada apeló la forma como se calculó u ordenó

pagar la prima de vacaciones convencional, más no la prima extralegal de servicios, por lo que esta última no será objeto de revisión.

PRIMA DE VACACIONES CONVENCIONAL.

En la convención colectiva de trabajo suscrita en el año 1984 (fl 68) art. 10, se estableció una escala de remuneración de prima de vacaciones así:

- Para el primer período el 50% de la remuneración integral mensual.
- Para el segundo período el 70% de la remuneración integral mensual.
- Para el tercer período el 95% de la remuneración integral mensual.
- Para el cuarto período el 115% de la remuneración integral mensual.
- Del quinto al décimo período el 130% de la remuneración integral mensual.
- Del decimoprimer al decimoquinto período el 135% de la remuneración integral mensual y del
- Del decimosexto en adelante el 140% de la remuneración integral mensual.

La actora se vinculó con la demandada el 01 de marzo de 1994, es decir que para la fecha en que el A quo declaró los pagos de esta prima (años 2016 y 2017) la demandante tenía derecho al reconocimiento del 140% de la remuneración percibida. La Federación en su apelación ataca esta condena en el sentido de indicar que las vacaciones se disfrutaban año vencido, y que, en ese orden, conforme los formatos de nómina este derecho ya fue reconocido, disfrutado por la demandante y pagado, por lo que sostener tal condena constituye un doble pago. Pues bien, al margen de la veracidad de estos argumentos, lo cierto es que, en el asunto, la prima de vacaciones convencional es una prestación extralegal anual distinta al derecho legal de las vacaciones, e independientemente de que la demandante las haya disfrutado y que su derecho legal se haya pagado, lo cierto es que la prestación extralegal también es un derecho de la actora que está pendiente de ser reconocido como convencionalmente corresponde, por ende, la condena de este derecho se encuentra ajustado a lo dispuesto en la disposición a aplicar.

PRIMAS EXTRALEGALES COMO FACTOR SALARIAL

En virtud del artículo 9º de la convención del año 1996 se tiene que la prima extralegal de vacaciones constituye factor salarial, pues así se advierte de su tenor literal, al precisar:

***"ARTÍCULO 9º, Prima de Vacaciones.** A raíz de los cambios en la jurisprudencia laboral, respecto de los efectos salariales de la prima de vacaciones, las empresas reconocen a los trabajadores, beneficiados por la presente convención Colectiva, que la prima de vacaciones constituye factor salarial.*

Los montos dejados de liquidar y que afecten las cesantías y sus intereses correspondientes a los años 1993, 1994 y 1995 se cuantificarán y se pagaran, para efectos de los pagos correspondientes, se concede plazo a las empresas hasta el 30 de agosto de 1996.

Las empresas podrán presentar, a los trabajadores beneficiados por la presente convención, una oferta individual en la cual le concedan una bonificación a cambio de que, a partir de la fecha de su aceptación, la prima de vacaciones no constituya factor salarial. A este efecto, se pacta expresamente entre las partes, que cuando el trabajador intuitu personae acepta la oferta de las empresas, la prima de vacaciones, que es una prestación extralegal no constituye salario para ningún efecto.

***Parágrafo:** A partir de la vigencia de la presente Convención Colectiva los porcentajes de la prima de vacaciones no podrán ser inferiores a los que las empresas determinen para el personal que no se rija por la Convención Colectiva."*

La demandada al respecto alega en su recurso que las partes pactaron conforme los artículos 127 y 128 del CST restar la connotación salarial que dispuso tal pacto colectivo, el que para todos los efectos fue plasmado en el OTROSÍ al contrato de trabajo, en el que se dispuso:

***"Primero:** El Patrono y el Trabajador de conformidad con el Artículo 128 del Código Sustantivo del Trabajo, subrogado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, acuerdan que los beneficios adicionales a los incrementos salariales o en compensación de éste que reciba el trabajador, no tienen tampoco carácter salarial, ya sea porque se trate de gastos de empresa, de trabajo o de transporte, prestaciones sociales pensionales, en salud o educativas, o beneficios en especie tales como alimentación, salud y educación.*

***Segundo:** para la liquidación de las prestaciones sociales legales y extra legales a que tenga derecho igualmente la indemnización en caso de un eventual retiro sin justa causa, esta se calcula sobre el salario adicionado con*

las sumas respectivas de los beneficios mensuales que resulten de la aplicación del porcentaje acordado con la empresa.

De la literalidad de las dos disposiciones se colige que la prima de vacaciones convencional conserva su carácter salarial, pues, en el otrosí la cobertura de sus efectos solo se extendió a los gastos de empresa, de trabajo o de transporte, prestaciones sociales pensionales, en salud o educativas, o beneficios en especie tales como alimentación, salud y educación, sin que se dijera nada respecto de su aplicación con las prestaciones sociales legales, de ahí su procedencia y aplicación en este momento.

REAJUSTE DE LOS INTERESES A LAS CESANTÍAS, PRIMA DE SERVICIOS Y VACACIONES

Para la reliquidación de las prestaciones sociales legales, es de advertir que las cesantías ya fueron calculadas por el juez y tasó una diferencia a favor de la actora por tal concepto en cuantía de \$153.777,81. También se precisa que la reliquidación se va a hacer con la doceava parte del valor de la prima extralegal de vacaciones y no el neto de ésta, pues tal interpretación patrocinaría un pago doble por el mismo concepto. Ahora, para definir la reliquidación es de calcular la prima de vacaciones, la que para el año 2016 correspondía a \$2.066.733, valor que se obtiene de liquidar la suma de \$1.476.267 – salario por el 140% de la remuneración mensual; no obstante, como el A quo tasó esta prestación extralegal en la suma \$1.845.333,75 y la parte demandante interesada en tal cuantía no la apeló, es este el valor que La Sala toma para hacer las operaciones respectivas para ese año. Así, para la prima del primer semestre de 2016 contabilizada desde el 19 de enero (por prescripción) al 30 de junio de ese año, se obtiene un valor de \$728.992,24 el cual es inferior al reconocido por la Federación (\$738.134) por lo que por este concepto no hay diferencia a reconocer a favor de la actora, lo que no ocurre en el semestre siguiente en el que se obtiene una diferencia a favor de \$76.888.38, pues la prima para el segundo semestre de 2016 ascendía a \$ 815.022,38, y para el año siguiente (2017) se obtiene una diferencia por semestre a favor de la demandante de \$98.725. En cuanto a los intereses a las cesantías, como ya se indicó el juez determinó que por esta suma se debía pagar al demandante una diferencia de \$153.777,81, valor que, al calcular el respectivo interés, corresponde a la actora por tal concepto \$51.25. En cuanto a las vacaciones, es de recordar que ella no es una prestación social, sino

un derecho a descansar, que se causa una vez se cumple con el año de servicio conforme el art. 186 del CST, y como no se advierte que esta haya sido mal liquidada y como la prima aquí reconocida no tiene el alcance para recalcular tal derecho, sobre este concepto no se va a efectuar ninguna liquidación. Así las cosas, y en aplicación del art. 287¹ del CGP, que dispone la adición de la sentencia del A quo siempre y cuando ellos hayan sido apelados, La Sala **adicionará** la sentencia en cuanto a las reliquidaciones ya calculadas.

SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTÍAS

Si bien la Federación en la apelación hace alusión en un aparte de su recurso a que la sanción que se impone en virtud del art. 99 de la Ley 50/90 y del art. 65 del CST no proceden porque ha actuado de buena fe, y que además la indemnización por la consignación de las cesantías a un fondo no es congruente con las pretensiones de la demanda que reposan a folio 9, las que en efecto una vez revisadas no contemplan esta sanción, y una vez revisada la fijación del litigio tampoco se advierte que la misma fue objeto del proceso ni debate, en el asunto se colige que tal condena no era procedente y se salta los principios de congruencia y consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, y como quiera que no se advierte que esta condena se hubiese pedido, la misma debe ser **revocada**.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de esta instancia están a cargo de la Federación Nacional de Cafeteros, conforme lo previsto en el art. 365 del CGP. Fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente

¹ **ARTÍCULO 287. ADICIÓN.** Cuando la **sentencia omite resolver sobre cualquiera de los extremos** de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento, deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria, dentro de la ejecutoria, de oficio o a solicitud de parte presentada en la misma oportunidad.

El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la parte perjudicada con la omisión haya apelado; (...).

DECISIÓN

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

RESUELVE

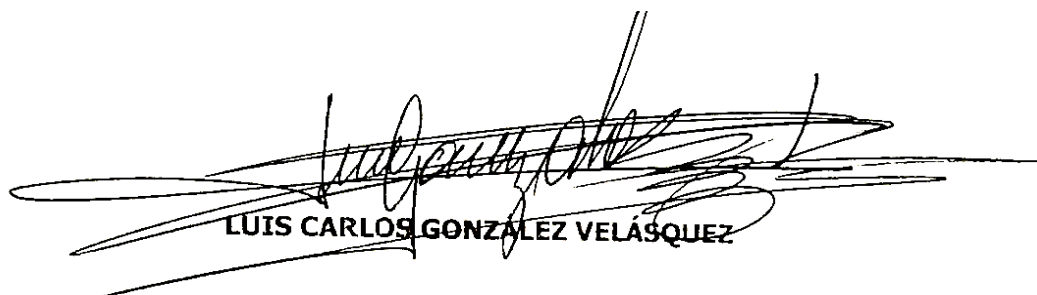
PRIMERO. – REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juez 12 Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 22 de junio de 2021, para en su lugar absolver a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** del pago de la indemnización del Art. 99 de la Ley 50 de 1990.

SEGUNDO. – ADICIONAR la sentencia del A quo, para condenar a la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** a pagar la suma de \$274.389,25 por concepto de reliquidación de prestaciones sociales.

TERCERO. – COFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandada, fíjense como agencias en derecho la suma de un salario mínimo legal mensual vigente (\$1.000.000).

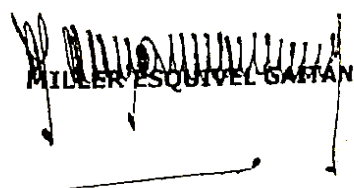
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL BOGOTÁ D.C.

SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZALEZ VELÁSQUEZ.

PROCESO ESPECIAL DE FUERO SINDICAL DE CLAUDIA EMILSE MORENO ARDILA contra la empresa AGUA DE BOGOTÁ S.A., Rad. 2018 – 00323 01 Juz. 12º.

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de marzo de dos mil veintidós (2022).

Procede el Tribunal Superior de Bogotá conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado en este asunto y en consecuencia a dictar la siguiente

SENTENCIA

La demandante CLAUDIA EMILSE MORENO ARDILA demanda a la empresa AGUAS DE BOGOTÁ S.A., para que se profieran las siguientes declaraciones y condenas: (fls. 1 y 2)

- Reintegrar a la demandante al cargo que venía desempeñando al momento del despido
- Ordenar a la demandada el pago de los salarios, prestaciones, vacaciones, derechos convencionales y aportes a seguridad social integral desde la fecha del despido hasta que se efectúe el reintegro.
- Ordenar a la empresa que en lo sucesivo para cualquier cambio en las condiciones laborales de la actora debe acudir al Juez Laboral para obtener su autorización
- Costas.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 y 3. Manifiesta la parte actora que la actora prestó sus servicios para la demandada desde el 19 de diciembre de 2012 para desempeñar el cargo de “promotora de manejo de residuos” con un salario básico de \$950.000, mediante contrato de trabajo a término fijo prorrogado en varias oportunidades y que posteriormente de manera unilateral fue cambiado a la modalidad de labor u obra contratada.

Que en desarrollo del contrato ejerció su derecho de asociación sindical y participó como fundadora de la organización sindical UNIÓN POPULAR DE TRABAJADORES – UPT de la que forma parte de la junta directiva.

Informa que el 11 de febrero de 2018 la empresa le entregó comunicación mediante la cual daba por terminado su contrato de trabajo para lo que adujo la

terminación del convenio interadministrativo sobre recolección y tratamiento de basuras de Bogotá D.C., sin haber solicitado el permiso al Juez Laboral para el levantamiento del fuero sindical y sin que la demandante incurriera en una justa causa para el despido. Afirma que se encuentra a paz y salvo con la organización sindical por todo concepto y que al momento del despido hacía parte de los fundadores del sindicato y de la Junta Directiva del mismo.

Manifiesta que el 9 de abril de 2016 presentó reclamación solicitando el reintegro y que la empresa procedió a cerrar los puntos de trabajo despidiendo a más de 3200 trabajadores en toda la ciudad y contrató nuevos trabajadores para realizar la misma labor a través de diferentes convenios con entidades del distrito.

ACTUACIÓN PROCESAL

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad el 19 de junio de 2018 (fl. 106), notificado el auto a la accionada y a la UNIÓN POPULAR DE TRABAJADORES – UPT y corrido el traslado respectivo, la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP, en la audiencia de fecha 22 de julio de 2020 contestó la demanda de la siguiente manera:

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó la fecha de vinculación de la demandante a partir del 19 de diciembre del año 2012 hasta el 18 de abril de 2013 y posteriormente mediante contrato por obra o labor hasta el 11 de febrero de 2018 como promotora de aseo y el aviso de terminación del contrato informando que la obra o labor contratada finalizaba con ocasión a la terminación del contrato interadministrativo No 1-07-10200-0809-2012, mediante el cual se prestaba el servicio público de aseo en la ciudad de Bogotá, así como la reclamación presentada el 9 de abril de 2018 y negó o manifestó que no le constan los demás.
- Formuló como excepciones de fondo las de improcedencia del reintegro laboral, inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, prescripción y la innominada o genérica.

Por la organización sindical UNIÓN POPULAR DE TRABAJADORES – UPT compareció a la audiencia una persona que no acreditó su calidad de representante legal, razón por la que no fue tenido en cuenta sino como asistente en la audiencia.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Tramitado el proceso el juzgado puso fin a la instancia mediante sentencia del 25 de noviembre de 2021 (fl. 122 y 123 CD. fl. 121) en la que declaró que la demandante CLAUDIA EMILSE MORENO ARDILA al momento de la terminación del contrato de trabajo el 11 de febrero de 2018 se encontraba amparada por fuero sindical y absolvió a la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación luego de encontrar acreditada la existencia de la organización sindical y de la condición de la demandante como aforada sindical por tener la calidad de tesorera para el momento de la terminación del contrato, hechos que no eran desconocidos por la demandada conforme a la comunicación que obra a folio 22, por lo que así lo declaró en la sentencia.

Respecto al reintegro solicitado manifestó que revisada la comunicación vista a folio 21, la terminación del contrato se dio en los términos del artículo 61 del C.S.T., esto es, por la culminación del contrato interadministrativo suscrito por la demandada y que la demandante tuvo inicialmente un contrato a término fijo inferior a un año desde el 19 de diciembre de 2012 que se prorrogó en dos oportunidades (fls 24 a 27) y a partir del 19 de junio de 2013 se vinculó nuevamente mediante un contrato de obra o labor supeditado a la vigencia del contrato interadministrativo, por lo que la vinculación de la demandante se hizo para el cumplimiento del contrato interadministrativo que tuvo vigencia hasta el 11 de febrero de 2018 y a partir de dicha fecha la empresa demandada dejó de prestar el servicio de aseo en virtud de ese convenio y por tal razón estaba facultada para dar por terminado el contrato de trabajo, pues desde el inicio de la relación laboral se había indicado que el contrato iba hasta la culminación del convenio y así se le informó a la demandante. Resaltó que al terminar el contrato por una justa causa no era viable la pretensión del reintegro conforme al artículo 411 del C.S.T. ya que no requería de adelantar permiso para proceder a la terminación del contrato, razones por las que absolvió a la demandada de la pretensión del reintegro. Sin condena en costas en esa instancia.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante.- Interpuso el recurso de apelación para lo que argumentó que la demandante contaba con amparo foral, cuyos derechos son protegidos constitucionalmente y que debió solicitarse el permiso para terminar la relación laboral en atención a la primacía de la realidad toda vez que conforme el contrato interadministrativo y los contratos de trabajo suscritos tuvieron varias modificaciones que no fueron consultadas a la trabajadora, por lo que el contrato tenía vocación de permanencia y por ello considera debía prosperar la pretensión de reintegro.

CONSIDERACIONES

Precisa la Sala que el problema jurídico a resolver en este caso consiste en determinar si la demandante se encontraba amparada por la garantía foral para el momento del despido y en tal caso establecer si es procedente el reintegro solicitado junto con el pago de salarios, prestaciones sociales y aportes a seguridad social dejados de percibir desde el despido hasta la fecha del reintegro, toda vez que considera la parte recurrente que el contrato tenía vocación de permanencia y en el presente asunto no ha sido objeto de controversia entre las partes que existieron dos contratos de trabajo; el primero pactado a término fijo inferior a un año y posteriormente por obra o labor.

El fuero sindical protege a los directivos de un sindicato de ser despedidos sin la previa intervención de un juez laboral o de ser trasladados de lugar de trabajo; por lo que en estos casos, solo está permitido el despido con una justa causa previa validación de la autoridad judicial competente. Es un derecho establecido en la Constitución Política en su artículo 39 donde instituye que “Se reconoce a los representantes sindicales el fuero y las demás garantías necesarias para el cumplimiento de su gestión”, esto es, que protege el derecho de los trabajadores a constituir y pertenecer a un sindicato. Ahora, en cuanto a la estabilidad laboral reforzada por el fuero sindical, se protege el derecho del trabajador a no ser despedido o trasladado y a que sus condiciones laborales no sean desmejoradas, como lo señala el artículo 405 del Código Sustantivo del Trabajo, es decir, que

tiene como finalidad proteger al trabajador de las posibles represalias de su empleador debido a las actividades realizadas por el trabajador sindicalizado.

Caso concreto.- Para resolver este caso, es necesario señalar respecto al recurso de apelación que en los hechos, pretensiones o en fundamentos de derecho, no se observa que la parte actora hiciera algún tipo de manifestación respecto a la modalidad contractual utilizada para la vinculación de la demandante, tampoco hizo alusión al principio de la prevalencia de la realidad sobre las formas, razón por la que al momento de fijar el litigio el juzgado centró el estudio en la existencia de la organización sindical, la existencia de la calidad de aforada sindical de la demandante y la existencia de la causal de reintegro, así como en la resolución de las excepciones propuestas por la parte demandada. Es decir, que este punto no fue objeto de controversia en la primera instancia.

En consecuencia, en esta instancia no es procedente resolver sobre la primacía de la realidad como lo plantea la parte recurrente, con fundamento en que conforme a las modificaciones del contrato interadministrativo y de los contratos de trabajo, la contratación tenía vocación de permanencia y por ello debía prosperar la pretensión de reintegro, toda vez que resolver sobre este aspecto desconocería el principio de consonancia consagrado en el artículo 66A C.P.T. SS., pues se reitera que no fue objeto del debate en primera instancia, sin que sea el recurso de apelación la oportunidad procesal para añadir hechos o pretensiones nuevas al proceso, razones por las que no puede ser objeto de estudio en esta instancia el argumento de la parte recurrente.

Así las cosas, corresponde a esta Sala determinar si al momento de la terminación del contrato de trabajo la demandante era o no beneficiaria del fuero sindical para lo que se tiene que ella se desempeñaba para el momento de la terminación del contrato como tesorera de la organización sindical (fl. 21), con lo que se acredita que en efecto gozaba del fuero sindical toda vez que si bien la parte demandada manifestó que no le fue informada la designación en la Junta Directiva, lo cierto es que el artículo 371 CST fue declarado exequible en el entendido de que desde la primera notificación opera el fuero, por tanto, dicha protección se activó desde el 27 de junio de 2017 conforme a la certificación mencionada, lo que se corrobora con la comunicación remitida por la empleadora el 11 de febrero de 2018 (fl. 22) en la que le indica que “al estar dentro de la previsión legal del artículo 411 del C.S.T., no se requerirá de calificación previa judicial para la terminación del mismo, **a pesar de su garantía foral...**”, lo que permite concluir que la empleadora conocía la calidad que ostentaba la trabajadora. Cabe resaltar que a pesar de que la demandante sí era beneficiaria del fuero sindical, la demandada no estaba obligada a solicitar autorización judicial para dar por finalizado su contrato de trabajo, por cuanto el artículo 411 CST establece que si el contrato de trabajo del aforado por fuero sindical finaliza por la realización de la obra contratada no se requiere de calificación judicial. Lo anterior, por cuanto entre las partes existieron dos contratos de trabajo, el primero a término fijo inferior a un año como operaria de barrido que inició el 19 de diciembre de 2012, que se prorrogó en dos oportunidades y terminó el 18 de junio de 2013 y posteriormente, con un contrato de obra o labor como promotor de manejo de residuos desde el 19 de junio de 2013 hasta el 11 de febrero de 2018, el cual estuvo condicionado a la vigencia del convenio interadministrativo 1-07-10200-0809 de 2012 suscrito entre la demandada y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ S.A. E.S.P.

El 04 de diciembre de 2012, la demandada AGUAS DE BOGOTÁ S.A. E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P., celebraron el convenio interadministrativo 1-07-10200-0809-2012, el cual se modificó en varias oportunidades respecto de su duración y conforme al cual la demandada se obligó frente a la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ E.S.P. a realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en Bogotá, todo lo cual permite inferir que era la realización de la prestación operativa del servicio de aseo la obra por la cual las partes convinieron que la demandante prestaría sus servicios, razón por la cual una vez finalizó dicho contrato interadministrativo el 11 de febrero de 2018 se configuró la causal señalada en el literal d) del artículo 61 CST, la cual conforme el artículo 411 CST permite la finalización del contrato de trabajo del aforado sin necesidad de autorización judicial.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia.

COSTAS.-

Costas de primera instancia.- Se confirma la decisión de no imponer condena en costas. Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de QUINIENTOS MIL PESOS M/CTE (\$500.000).

DECISIÓN

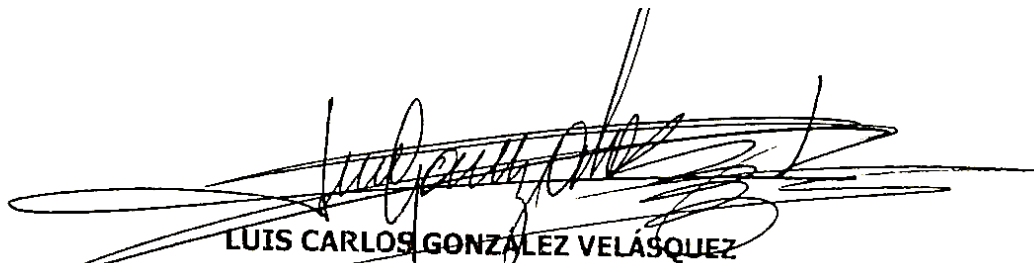
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley:

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de noviembre de 2021, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de éste proveído.

SEGUNDO.- COSTAS. Se confirma la decisión de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte actora. Se fijan como agencias en derecho la suma de Quinientos Mil pesos M/L (\$500.000).

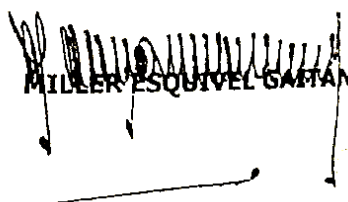
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPUBLICA DE COLOMBIA



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

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA CONTRA
LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.
RAD. 2018 00352. JUZ 25.**

En Bogotá D.C., a los veintiocho (28) días de febrero de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

ÁLVARO BOLAÑOS FONSECA demanda a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a fl. 1 y 2.

- Se declare que el actor es beneficiario del régimen de transición previsto tanto en el Decreto 1281 de 1994 como del artículo 36 de la Ley 100 de 1993.
- Se aplique para su reconocimiento pensional el Art. 15 del Decreto 758 de 1990.
- Se reconozca su pensión a partir del 14 de marzo de 2010, conforme su exposición a sustancias cancerígenas.
- Reliquidación de la tasa de remplazo.
- Pago de las mesadas de junio y diciembre.
- Intereses de mora.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas.

De manera subsidiaria pretende:

- Se declare que es beneficiario del régimen establecido en el Decreto 2090 de 2003 en sus artículos 3 y 4.
- Intereses de mora.

Los hechos de la demanda se describen a fls. 2 y 3. El actor nació el 14 de marzo de 1960 y cotizó al régimen de prima media 1675 semanas en actividades de alto riesgo con exposición a sustancias cancerígenas con el empleador CRISTALERÍA

PELDAR S.A., al 1 de abril de 1994 contaba con más de 15 años de cotizaciones. COLPENSIONES en Resolución GNR 78703 del 11 de septiembre de 2015 le negó la pensión especial por exposición a alto riesgo, decisión que cambió con la Resolución GNR 147629 del 20 de mayo de 2016 en la que accedió a la prestación a partir del 1 de junio de 2016, acto administrativo contra el cual interpuso los recursos de reposición y apelación. Con la Resolución GNR 37469 del 1 de febrero de 2017 COLPENSIONES reliquidó la prestación aplicando una tasa de remplazo del 76,14% a partir del 1 de junio de 2016. El actor para el reconocimiento de la pensión allegó los estudios de materias primas utilizadas por PELDAR, programas de estudio ambiental efectuados por el ISS y otros estudios sobre la sílice cristalina inhalada en forma de cuarzo o cristobalita realizado por la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de esta ciudad el 22 de agosto de 2018, y corrido el traslado respectivo la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES contestó en la forma y términos del escrito visible a fls. 34 a 39.

- Se opuso a las pretensiones.
- Aceptó los hechos.
- Formuló como excepciones de fondo; prescripción, caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, presunción de legalidad de los actos administrativos y la innominada o genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso en legal forma el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fecha 5 de octubre de 2020 en la que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra. Llegó a esa determinación luego de analizar lo concerniente a la reclamación administrativa, en cuanto al régimen de transición para ser beneficiario de las disposiciones que prevé el Decreto 758/90, se remitió a la fecha de nacimiento del actor (14 de marzo de 1960) para indicar que éste no contaba con la edad para ser beneficiario del mismo, ni con el número de semanas de cotización (CD. fl. 45) pues estas llegaban a las 581, las que tampoco alcanzaban para la aplicación de dicha norma. En relación al reconocimiento de la pensión conforme el Decreto 2090 de 2003, dijo que el demandante cumplió los 55 años el 14 de marzo de 2015 y que para ese entonces contaba con 1682 semanas por lo que cumplía los requisitos de la Ley 797 de 2003, con lo que concluyó que se tenían que descontar 6 años a la edad pensional, y en ese orden la prestación perseguida debía ser reconocida a los 54 años, también resaltó que el último aporte al sistema fue el 30 de junio de 2016, por lo que la pensión del actor procedía a partir del día siguiente (1 de junio de 2016), resultado acertada la decisión que tomó COLPENSIONES en la Resolución

GNR 37469 del 1 de febrero de 2017, por lo que absolvió a la demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Recurso de apelación

EL demandante no está de acuerdo con la decisión del A quo, argumentó que la Resolución GNR 37469 le reconoció al actor el estatus de pensionado a partir del 14 de marzo de 2012 por cumplimiento de requisitos, por tanto su pensión procede a partir del 13 de agosto de 2014, dijo que para el reconocimiento aportó todos los estudios pertinentes sobre el tema, en esa oportunidad COLPENSIONES resolvió un año y un mes después, (el 11 de septiembre de 2015) la petición donde negó el derecho e indujo al actor en error porque lo obligó a continuar realizando aportes al sistema. Citó una sentencia proferida por el Tribunal Superior de Bogotá con ponencia del Dr. MILLER ESQUIVEL en el proceso promovido por SAMUEL RICARDO DÍAZ Rad. 08-2019-461, indica que cuando COLPENSIONES induce en error al afiliado, éste no tiene por qué asumir las consecuencias, por lo que al haber aceptado que se cumplieron los requisitos para la pensión desde el 14 de marzo de 2012, dicho reconocimiento se debió haber efectuado a partir del 13 de agosto de 2014, momento en que solicitó la pensión. En cuanto a los intereses de mora citó la sentencia SL-3130 de 2002 en la que se consigna que éstos son procedentes cuando se solicita la reliquidación de la pensión en los casos en que la demandada niega injustificadamente la prestación. En síntesis, solicita se reliquide la pensión a partir del 13 de agosto de 2014 y se reconozcan los intereses de mora.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada: Solicitó se confirme la decisión en razón a que el actor no es beneficiario del régimen de transición, por lo que no puede aplicarse las disposiciones del Decreto 758 de 1990 sino del Decreto 2090 de 2003, norma por la cual le fue reconocida la pensión especial de vejez por actividades alto riesgo, motivo por el que no hay lugar a que se accedan a las pretensiones incoadas por BOLAÑOS FONSECA.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio del recurso de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, en ese orden, procede La Sala a determinar a partir de cuándo el actor tiene derecho al reconocimiento de la pensión y si hay lugar a imponer condena por intereses moratorios.

Status de Pensionado del Demandante

Conforme a la documental aportada con la demanda al actor le fue reconocida pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, mediante la Resolución GNR 147629 del 20 de mayo de 2016 a partir del 1 de junio de ese año en cuantía de \$2.993.030.

Fecha de reconocimiento de la prestación

Para determinar a partir de cuándo el actor tiene derecho a la pensión que persigue, se hace necesario analizar las pretensiones relacionadas con éste momento, así se tiene que lo perseguido en la demanda como pretensión principal es que se declare que el demandante tiene derecho a la aplicación del Decreto 1281 de 1994 por ser beneficiario del régimen de transición y como consecuencia se aplique los parámetros que dispone el artículo 15 del Decreto 758 de 1990 o en subsidio lo dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003, por lo que se revisará en primer lugar si el actor es beneficiario del régimen de transición. En ese orden, la Ley 100 de 1993 en el artículo 36, al establecer el régimen de transición dispuso que la edad para acceder a la pensión de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas y el monto de la pensión de vejez de las personas que al momento de entrar en vigencia el sistema tengan treinta y cinco años o más de edad si son mujeres o cuarenta o más años de edad si son hombres, o quince o más años de servicios cotizados, serán los establecido en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. En el caso en estudio es claro que el actor no cumplió los requisitos allí establecidos, toda vez que nació el 14 de marzo de 1960 (fl. 13) por lo que a la entrada en vigencia de la Ley 100/93 (1 de abril de 1994) contaba con 34 años cumplidos y había cotizado 581 semanas de acuerdo con la historia laboral (CD. fl. 45), tal como lo precisó el A quo, por ende, no cumplía con los requisitos para ser beneficiario de tal régimen.

En el recurso de alzada se argumenta que COLPENSIONES cuando negó la pensión en su primer acto administrativo, lo que hizo fue inducir al demandante en error y obligarlo a seguir efectuando cotizaciones al sistema, situación que resulta inadmisibles ya que tal yerro no le puede ser trasladado y en esa medida, se debe reconocer la pensión desde el 13 de agosto de 2014, junto con los respectivos intereses. Así las cosas, como al actor, no le es aplicable el régimen de transición del art. 36 de la Ley 100/93, ni los Decretos 758/90 y 1281/94, se tiene que la norma que gobierna su prestación es el Decreto 2090 de 2003, situación que fue aceptada por COLPENSIONES, y es un hecho reconocido tal como se hizo alusión en la Resolución antes mencionada, en la que se evidencia que el actor realizó actividades de alto riesgo y en virtud de ello se le reconoció la pensión especial al momento de cumplir los 55 años (14 de marzo de 2015) y contar con 1682 semanas (fl. 23 vuelto).

Ahora, las normas que regulan la prestación artículos 3 y 4 del Decreto 2090 de 2003 indican:

"ARTÍCULO 3o. PENSIONES ESPECIALES DE VEJEZ. Los afiliados al Régimen de Prima Media con prestación definida del Sistema General de Pensiones, que se dediquen en forma permanente al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, durante el número de semanas que corresponda y efectúen la cotización especial durante por lo menos 700 semanas, sean estas continuas o discontinuas, tendrán derecho a la pensión especial de vejez, cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente."

"ARTÍCULO 4o. CONDICIONES Y REQUISITOS PARA TENER DERECHO A LA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ. La pensión especial de vejez se sujetará a los siguientes requisitos:

1. Haber cumplido 55 años de edad.

2. Haber cotizado el número mínimo de semanas establecido para el Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, al que se refiere el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9o de la Ley 797 de 2003.

*La edad para el reconocimiento especial de vejez se disminuirá en un (1) año por cada (60) semanas de cotización especial, adicionales a las mínimas requeridas en el Sistema General de Pensiones, sin que dicha edad pueda ser **inferior a cincuenta (50) años.**"*

En el sublite conforme la Resolución GNR 278703 del 11 de septiembre de 2015, se tiene que el actor solicitó el reconocimiento de la prestación el 13 de agosto de 2014, data para la cual aún no contaba con los 50 años de edad (pues solo los acreditó hasta el 14 de marzo de 2010 - fl. 13 copia de la cc) y tenía 1641 semanas cotizadas, de las cuales 341 eran semanas adicionales a las mínimas requeridas en el sistema general de pensiones, lo que le da derecho a una disminución en la edad equivalente a 5 años, y como la norma es clara en señalar que la edad para acceder a la pensión no podrá ser inferior a 50 años, la prestación debía reconocerse a partir del 13 de agosto de 2014, fecha en que solicitó el reconocimiento de la pensión ya que para ese entonces había cumplido los requisitos para obtenerla, como en efecto lo solicita la parte actora. Ahora, conforme lo preceptuado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, el IBL del accionante corresponde al promedio de los salarios o rentas sobre los que hubiera cotizado durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, o en toda su vida laboral al haber cotizado más de 1250 semanas, para tomar así el que le sea más favorable.

Bajo ese entendido, procede La Sala a efectuar las operaciones aritméticas pertinentes de conformidad con lo preceptuado en el artículo 34 de la Ley 100 de 1993, para lo cual se apoya en el reporte de semanas cotizadas contenido en el expediente administrativo (CD. fl. 46), es así que una vez realizados los cálculos respectivos conforme la liquidación que se allega y hace parte integral de esta ponencia, con lo cotizado durante toda la vida laboral al actor le correspondería para el 13 de agosto de 2014 un IBL de \$2.953.641,61 al que se le aplica una tasa de remplazo del 70.60% se obtiene una mesada inicial de \$2.085.347; y al contabilizar el promedio de lo cotizado con los últimos 10 años le correspondería un IBL de

\$3.546.713,10 que aplicada la tasa de remplazo correspondiente, se obtiene una mesada inicial de \$2.486.997. Ahora, como la demandada en la Resolución GNR 37469 del 1º de febrero de 2017 tuvo en cuenta las cotizaciones efectuadas desde el mes de agosto de 2014 hasta el 1 de junio de 2016, para un total de 1682 semanas de cotización, le aplicó en su liquidación una tasa de remplazo del 76,14% a un IBL de \$3.940.228 para una mesada inicial de \$3.172.595, la cual resulta superior a la aquí liquidada (\$2.752.389,21), sí el reconocimiento pensional se hubiera otorgado a partir del 13 de agosto de 2014, se colige que resulta más favorable al actor la pensión reconocida por COLPENSIONES, pues al tener en cuenta las cotizaciones que realizó con posterioridad (al 2014) con IBC superiores a los que venía cotizando el actor, su mesada pensional se acrecentó y en esa medida ese reconocimiento le resulta más favorable al pretendido en la demanda.

En cuanto al retroactivo pensional, por las mesadas que se causaron entre 13 de agosto de 2014 y el 1 de junio de 2016, sí la pensión se reconoce conforme se solicita en la demanda, es de precisar que conforme la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, de conformidad con lo previsto en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, ellas ya se encontrarían prescritas, pues entre la fecha de reclamación de la pensión (13 de agosto de 2014) y la fecha de radicación de la demandada (7 de junio de 2018), el término que prevén estas normas ya estaba más que superado, y por tanto no habría tampoco lugar a pago alguno. Suerte que también corre la pretensión relacionada con los intereses de mora, los cuales tampoco están llamados a prosperar por seguir la suerte de lo principal.

Bajo este análisis al resultar más beneficiosa al recurrente el reconocimiento de la pensión en los términos en que fue otorgada por COLPENSIONES en la Resolución GNR 37469 del 1º de febrero de 2017 (gl. 20 a 27), al reliquidar la prestación, La Sala confirma la sentencia apelada en cuanto absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, no porque el demandante no tenga derecho a la pensión a partir del 13 de agosto de 2014, sino porque al contabilizar las semanas que cotizó con posterioridad a tal data, su mesada se acrecentó y esta circunstancia le resulta mucho más favorable que dejar la mesada con el análisis que se demanda.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte demandante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un millón de pesos m/te (\$1.000.000) que corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. - CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá el 5 de octubre de 2020, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

Segundo: COSTAS, Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de la parte apelante. Fíjense como agencias en derecho la suma de un millón de pesos m/te (\$1.000.000) que corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente.

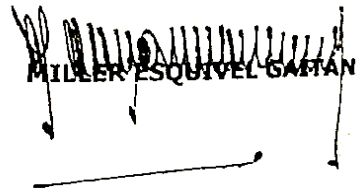
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ.

**PROCESO ORDINARIO DE FLOR MARÍA MORENO PEÑA CONTRA LA
EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ. RADICADO
2017-00354-01. Juz. 11º.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días del mes de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres de la tarde (03:00 p.m.), el Magistrado ponente en asocio de los restantes Magistrados con quienes integra la Sala de decisión declaró abierta la presente audiencia pública.

Conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión que da cuenta la presente acta, procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto del 28 de octubre de 2021 mediante el cual se negó el decreto de una prueba.

AUTO

Del presente proceso conoció inicialmente el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá y con posterioridad fue remitido al Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá.

Interpone la parte actora recurso de apelación contra la providencia dictada el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, conforme al cual se negó el decreto del interrogatorio de parte a la demandante principal Flor María Moreno de Peña, solicitado por la interviniente ad-excludendum Bertha Isabel Rodríguez Marín y la empresa demandada Acueducto y Alcantarillado de Bogotá, recurso que fue concedido en el efecto suspensivo.

Como fundamento de la decisión manifestó el A-quo que con anterioridad a la audiencia la parte demandante allegó un certificado médico con el que se acredita

que la demandante FLOR MARÍA MORENO asiste a consultas por psicología con trastornos de ansiedad, que además padece riesgo cardiovascular y recomienda evitar situaciones desencadenantes de estrés, también se allegó la historia clínica que acredita que el 25 de octubre de 2021, acudió con un cuadro de 5 días de evolución por dicha situación, razón por la que en consideración al estado de salud de la demandante no decretó la práctica del interrogatorio de parte solicitado.

La apoderada de la tercera interviniente interpuso recurso de apelación para lo que argumentó que se negó la prueba por razones de salud, pero que no se aportó al proceso un dictamen de calificación de la pérdida de la capacidad laboral y no hay prueba que acredite que la demandante requiere un apoyo judicial. La demandada EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ no interpuso recurso y en su lugar desistió de la práctica de la prueba de interrogatorio de parte a la demandante FLOR MARÍA MORENO PEÑA.

Alegatos ante este Tribunal (Artículo 15 Decreto 806 del 4 de Junio de 2020)

Demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Demandada: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Tercera Interviniente: Indicó que se debe decretar el interrogatorio de la demandante, en razón a que no existe dictamen de pérdida de capacidad laboral vigente, que acredite la imposibilidad de absolver el cuestionario que se le formule, por lo que pidió la revocatoria de la decisión.

CONSIDERACIONES

Como quiera que el auto que no decreta la práctica de las pruebas es apelable conforme al numeral 4º del artículo 65 del C. P. del T. se precisa que el análisis del recurso se realiza en consonancia con los argumentos expresados en la apelación interpuesta.

Solicita la tercera interviniente se decrete el interrogatorio de parte a la demandante señora FLOR MARÍA MORENO PEÑA, persona que conforme lo indica la juez en la

providencia recurrida padece de trastorno de ansiedad y riesgo cardiovascular, respecto de la cual el médico recomienda evitar situaciones desencadenantes de estrés, hecho que no es objeto de controversia por la parte recurrente, por lo que tiene como aceptado. Su inconformidad radica en que no se allegó al proceso una calificación de la pérdida de la capacidad laboral o una escritura pública mediante la cual se le designe un apoyo judicial por su estado de salud.

Al respecto se tiene en cuenta por la Sala que no se discute en el proceso que se trata de una persona que tiene capacidad para actuar por sí misma, pero que conforme a la certificación médica allegada que fue aceptada por la parte recurrente, la actora padece de trastorno de ansiedad y otros padecimientos que generan un riesgo cardiovascular por lo que el médico recomienda evitar situaciones desencadenantes de estrés. Además, revisado el expediente se observa a folios 55 a 60 que la demandante es una persona de 84 años de edad, que tiene otros padecimientos de salud y que en efecto se presentaría una situación de estrés el tener que absolver un interrogatorio de parte lo que podría generar la posibilidad de afectar aún más su salud, por lo que debe tenerse en cuenta para resolver que la Constitución Política establece el derecho al “grado máximo de salud que se pueda lograr” lo que exige un conjunto de criterios sociales que propicien la salud de todas las personas, y no solo la disponibilidad de servicios de salud, sino también condiciones que le permitan asegurar una mejor condición de salud.

Teniendo en cuenta lo anterior, como el objeto de las pruebas que se solicitan en el trámite de un proceso, es la demostración de los hechos en que se fundan las pretensiones, en este caso, tanto de la demandante como de la tercera ad excludendum y el juzgado decretó las demás pruebas solicitadas por las partes, resulta preciso aceptar la consideración que el operador judicial hace respecto al estado de salud de la demandante para no decretar el interrogatorio de parte. No obstante, en caso de ser necesario puede el juez decretarlo como pruebas de oficio si así lo considera pertinente, pues es deber del juez procurar hacer uso de las pruebas oficiosas cuando busque salvaguardar garantías fundamentales, como la pensión, y en estos eventos, debe emplear todos los medios para su concreción y para que no se vulneren ni pongan en peligro los derechos pensionales tanto de la demandante como de quien interviene como tercera ad excludendum, por lo que si lo considera necesario puede decretarlo oficiosamente dentro de las oportunidades probatorias o antes de fallar.

Por lo expuesto, se ha de **CONFIRMAR** el auto impugnado.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte recurrente. Se fijan como agencias en derecho la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/L. (\$200.000)

DECISION

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., Sala tercera de Decisión Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida en el auto de fecha 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la recurrente. Se fija la suma de DOSCIENTOS MIL PESOS M/L. (\$200.000) como agencias en derecho.

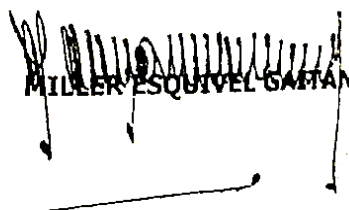
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DORIS ESPERANZA BAUTISTA PRIETO CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, AFP PORVENIR S4.A., COLFONDOS S.A. y SKANDIA Rad. 2019 – 00407 - 01 Juz. 28.

En Bogotá D.C., a los Treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DORIS ESPERANZA BAUTISTA PRIETO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **AFP PORVENIR S.A.**, a **COLFONDOS S.A.** y a **SKANDIA** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 5 y 6.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 a 5. Nació el 13 de septiembre de 1966, en enero de 1996 empezó a hacer sus aportes al ISS hoy COLPENSIONES y allí permaneció hasta el 16 de mayo del 2000, data en la que se trasladó a COLFONDOS, el 20 de mayo de 2004, se afilió a SKANDIA, el 29 de marzo de 2006 se cambió a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR y el 28 de enero de 2011 regresó a

SKANDIA. En su momento, el asesor de COLFONDOS le ofreció pensionarse a una temprana edad, además, le manifestó que el ISS se iba a acabar, por lo que sus aportes estaban en riesgo, argumento usado por los demás fondos privados al momento de convencerla de cada cambio de administradora. Nunca fue informada de las ventajas y desventajas de pertenecer al RAIS, no se efectuó una simulación pensional para mostrar que le era lo más beneficioso para sus intereses, así como tampoco se le indicó de la posibilidad de retornar al ISS antes de cumplir 47 años. Radicó formulario de traslado de régimen el 16 de mayo de 2019 en COLPENSIONES, solicitud rechazada por la entidad el 22 de mayo de 2019, de igual modo, presentó reclamación ante SKANDIA el 26 de marzo de 2019, en la que pidió la nulidad de la afiliación al RAIS, petición también negada en respuesta del 20 de mayo de ese año.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 73) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

SKANDIA ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. en los términos del escrito visto a folios 97 a 108.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la vinculación de la actora a ese fondo en las fechas establecidas, el capital ahorrado por BAUTISTA PRIETO y el derecho de petición presentado ante su entidad, así como la respuesta negativa al mismo.
- Formuló como excepciones de mérito; Old mutual no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, convalidación del acto jurídico, la demandante se encuentra inhabilitada para el traslado de régimen en razón de la edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos facticos de este proceso no son iguales o similares ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la demandante, prescripción, buena fe y genérica.

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 152 a 157.

- Se opuso a las pretensiones.

- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, la afiliación al RPM, el momento del traslado al RAIS, los formularios suscritos en los fondos privados, el capital ahorrado, la reclamación administrativa con su consecuente respuesta la petición presentada ante SKANDIA y la contestación a la misma.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 164 a 186.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la vinculación de la actora en esa entidad y el envío de comunicación a los afiliados respecto de la posibilidad de poder cambiarse de régimen.
- Formuló como excepción previa; falta de integración de litisconsorcio necesario.
- Como excepciones de mérito propuso; prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. en los términos del escrito visto en archivo PDF (fls. 1 a 13), archivo que reposa en medio magnético visible a folio 210, indicó:

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento de la actora.
- Formuló como excepciones de mérito; inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por COLFONDOS S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado el 16 de mayo del 2000, por lo que dispuso que BAUTISTA PRIETO está válidamente afiliada al RPM, condenó a SKANDIA al traslado de todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como también los gastos de administración causados durante la vigencia de la afiliación al RAIS. Llegó a esa determinación al considerar que COLFONDOS no acreditó que haya brindado la adecuada información a la demandante al momento de la afiliación, tal como exponer las ventajas y desventajas del RAIS, hacer una proyección pensional, entre otros aspectos relevantes para tomar una decisión fundamentada y consciente. Sostuvo que la suscripción del formulario de afiliación y la prerrogativa allí indicada que dice que suscribe dicho documento de manera libre y voluntaria no es suficiente para acreditar por si solo el cumplimiento al deber de información, al ser un formato preestablecido que no demuestra que haya un consentimiento informado de la afiliada. Declaró no probadas las excepciones.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: Indicó que la actora con todos los años de permanencia en el RAIS convalidó cualquier situación que se pudo haber causado alrededor de la selección de régimen, con su inactividad demostró y ratificó su decisión de permanecer en el régimen de ahorro individual, hizo alusión al art 898 del C. Comercio y las sentencias SL 413 de 2018 SL 3752 de 2020 y SL 1061 de 2021 en las que se menciona que no puede haber un acto ineficaz cuantificable en décadas, más aun cuando existieron traslados horizontales que validan la afiliación al RAIS.

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

Parte demandante: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Parte demandada:

PORVENIR: Pidió la revocatoria parcial de la decisión, al considerar que el traslado de régimen fue valido, que se cumplieron con las exigencias para el momento de los

hechos y que no se puede juzgar a la luz de leyes posteriores como lo planteó el A quo, además de que la demandante no utilizó ninguno de los mecanismos disponibles en la norma para solicitar el traslado nuevamente al RPM sino que, por el contrario, efectuó traslados horizontales, por lo que conocía del RAIS y su voluntad fue permanecer en él.

COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la decisión en razón a que el traslado de régimen fue valido, no se acreditó la existencia de vicios del consentimiento y el tiempo de permanencia en el RAIS junto a los traslados horizontales indican que si conocía el funcionamiento del régimen privado.

SKANDIA: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

COLFONDOS: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 30 y 31, contentiva de la reclamación de fecha 16 de mayo de 2019, en la que solicitó la activación de su afiliación al RPM, y la correspondiente respuesta negativa del fondo publico contentiva en los folios 33 y 34, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

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

por la AFP SKANDIA S.A., que el 16 de mayo de 2000 se efectuó el traslado de régimen del ISS a COLFONDOS (fl. 50), luego pasó a SKANDIA el 20 de mayo de 2004 según formulario visto a folio 109, posteriormente el 29 de marzo de 2006 se trasladó a la AFP Horizonte hoy PORVENIR y retornó a SKANDIA el 28 de enero de 2011 (fls. 40 y 60), afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomó tal decisión la AFP COLFONDOS S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 16 de mayo del 2000 (fl. 50), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un

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

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

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

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

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

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

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

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

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

formulario preestablecido y no corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró la AFP COLFONDOS, ya que se limitó a manifestar que la actora fue informada de las características del RAIS, así como que el formulario era el único requisito para la fecha de los hechos, el que fue suscrito de manera libre y voluntaria y no fue tachado; sin que lo anterior baste para determinar un conocimiento de las condiciones del régimen pensional al cual se trasladó BAUTISTA PRIETO, además, la permanencia por un lapso de tiempo en el RAIS o los traslados horizontales realizados tampoco acreditan que dicho deber haya sido satisfecho a cabalidad, ni mucho menos ratifica o convalida ninguna situación como lo pretende resaltar COLPENSIONES en su recurso, así lo ha indicado la SL CSJ en diversos pronunciamientos, de los cuales se destaca la SL 853-2022 M.P. Carlos Arturo Guarín Jurado:

"Sin embargo, ello no se advierte acreditado por parte de la AFP Colfondos S. A. con el formulario de afiliación, único medio de convicción que allegó para esos efectos, pues el hecho de que lo haya suscrito el demandante, de ninguna manera devela que hubiere conocido, como debió, según se requería para tener por eficaz su migración, las semejanzas y diferencias que puedan tener la regulación propia de cada uno de ellos, la forma en que se estructura o construye la prestación, la aleatoriedad de los recursos que administran las AFP y las modalidades de prestación que se llegare a seleccionar.

*Valga recordar, que como se estableció en la sentencia CSJ SL3349-2021 el incumplimiento del deber en referencia, ni siquiera se sanea con: i) la «desidia del interesado en indagar por las condiciones y características» de ambos sistemas prestacionales a efectos de adoptar una decisión ilustrada; ii) **los traslados horizontales que se realizaran entre AFP privadas e incluso del RPMPD y** iii) la profesión y condiciones de adiestramiento del afiliado, concluyendo que, en ningún evento es posible la subsanación de un acto jurídico que, por imperativo legal, no puede producir efectos." (Negrilla y subrayado fuera del texto).*

Bastan estos razonamientos, para **CONFIRMAR** la sentencia apelada.

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, el 25 de octubre del dos mil veintiuno (2021), por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de **UN MILLÓN DE PESOS (\$1'000.000)**.

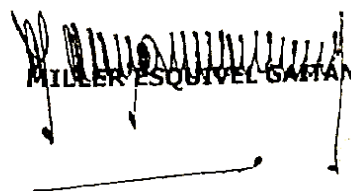
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE NELSON GERMÁN BALLESTEROS PEDRAZA, ZARETH MANZÓN GARNICA Y CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ contra OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO. Rad. 2016 - 00427 - 01. Juz. 8º.

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

NELSON GERMÁN BALLESTEROS PEDRAZA, ZARETH MANZÓN GARNICA Y CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ demandan a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO para que se profieran las declaraciones y condenas que contenidas a folios 4 a 15 y que por lo extensas se concretan de la siguiente manera:

DECLARATIVAS

- Se declare la existencia de una relación laboral entre los demandantes y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. por los periodos relacionados en la demanda para cada uno de ellos.
- Se declare que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES no cumplió con el pago de las cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicios, vacaciones, la liquidación final de prestaciones a cada uno de los demandantes
- Se declare que el FNA contrato a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para el suministro de personal en misión que permita cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del FNA.
- Se declare que el FNA como beneficiario del trabajo en misión es solidariamente responsable de las acreencias derivadas de los contratos de trabajo suscritos con los demandantes.

CONDENATORIAS

- Se condene a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y solidariamente al FONDO NACIONAL DEL AHORRO a pagar a los demandantes las cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria e indexación.
- Costas del proceso.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

- Se declare que el verdadero empleador fue el FNA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES fungió como simple intermediaria
- Se declare que el FNA como verdadero empleador no cumplió con el pago de cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones
- Se declare que el FNA como verdadero empleador no canceló la liquidación final a los demandantes y por tanto es acreedor a la sanción establecida en el artículo 65 del C.S.T.
- Se declare que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. actuó como simple intermediaria y su empleador no fue otro que el FNA
- Se declare que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en calidad de simple intermediaria es solidariamente responsable de la totalidad de las obligaciones laborales e indemnizaciones derivadas de los contratos de trabajo.

Los hechos de la demanda se describen a continuación: (fls. 16 a 24)

Señala que entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se suscribieron los contratos de prestación de servicios Nos. 275 de 2014 y 147 de 2015 para el suministro de personal en misión con el objetivo de cubrir las necesidades de crecimiento y expansión del Fondo Nacional del Ahorro, y en cumplimiento de esos contratos se vinculó a los demandantes mediante contratos de obra o labor y enviados como trabajadores en misión al Fondo Nacional del Ahorro para desempeñar el cargo de Profesional IV y Administrativo I con funciones que corresponden al giro normal de los negocios del Fondo Nacional del Ahorro que no eran de carácter temporal. Que Optimizar Servicios Temporales mediante comunicación escrita terminó los contratos de trabajo sin cancelar las prestaciones que se reclaman en la demanda y una vez entró en Reorganización empresarial la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. reconoció dentro de sus pasivos el pago a los trabajadores demandantes, pero no presentó fórmula de cancelación, como tampoco el FONDO NACIONAL DEL AHORRO.

Que los demandantes suscribieron los siguientes contratos por obra o labor con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. para desempeñarse como trabajadores en misión en el FONDO NACIONAL DEL AHORRO:

NELSON GERMÁN BALLESTEROS PEDRAZA fue vinculado desde el 6 de abril de 2015 al 30 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de "Profesional IV" con funciones de gerente de proyecto del Convenio Inter Administrativo 300 de 2014 y un salario de \$3.200.000.

ZARETH MANZÓN GARNICA estuvo vinculada desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 8 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de "Administrativo I" con un salario de \$4.000.000.

CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ fue vinculada desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 23 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de "administrativo I" con un salario de \$5.200.000.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de esta ciudad el 14 de septiembre de 2016 (fl. 118) notificadas las accionadas y la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, corrido el traslado respectivo, las demandadas contestaron en los siguientes términos:

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. en liquidación judicial (fl. 136 a 152)

- Se opuso a todas las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con la suscripción de los contratos con el Fondo Nacional del Ahorro, la vinculación de los demandantes mediante contratos de obra o labor, los extremos de estos contratos, el salario y los cargos desempeñados, así como la prueba documental allegada; igualmente aceptó la existencia de la reorganización de la empresa y posterior liquidación judicial y que los créditos laborales fueron incluidos en el proceso de reorganización. Negó los demás hechos o manifestó que no le constaban.
- Formuló como excepciones de mérito las de existencia de procedimiento concursal para el pago de las prestaciones sociales pretendidas por los demandantes, existencia de afectación de póliza para el pago de prestaciones sociales adeudadas y objeto de la demanda y la genérica.

Por su parte el FONDO NACIONAL DEL AHORRO al contestar la demanda (fls. 185 a 242):

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con los contratos suscritos con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES para suministro de personal y los certificados de la Cámara de Comercio. Manifestó que no son ciertos o no le constan los demás hechos expuestos por cada uno de los demandantes.
- Propuso como excepción previa la de falta de competencia (fl. 243)
- Propuso como excepciones de fondo las de inexistencia de la relación laboral, ausencia de solidaridad, buena fe y la genérica.

Presentó llamamiento en garantía a la Aseguradora Liberty Seguros S.A. (fl. 237 a 242) que fue admitido por auto del 1º de septiembre de 2017

LIBERTY SEGUROS S.A. Contestó la demanda como se observa a folios (363 a 392)

- Se opuso a las pretensiones de la demanda
- Aceptó los hechos relacionados con los contratos suscritos entre el FONDO NACIONAL DEL AHORRO y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y la reorganización de la empresa temporal demandada; manifestó que no le constan los demás.
- Propuso como excepción previa la de no comprender la demanda a todos los litis consortes necesarios por lo que se debía llamar a la Compañía Aseguradora de Finanzas – Confianza S.A. y como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva respecto del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, ausencia de solidaridad entre los demandados, ausencia de obligación alguna de pago en cabeza del FONDO NACIONAL DEL AHORRO por no ser empleador de los demandantes, prescripción, buena fe y la genérica.
- Respeto del llamamiento en garantía aceptó la existencia de los contratos suscritos entre el FNA y OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y la existencia de las pólizas, propuso como excepciones las de inexistencia de siniestro para las pólizas de cumplimiento, inexistencia de obligación a cargo de la aseguradora, que el Ministerio de Trabajo ya declaró la ocurrencia del siniestro de las pólizas DL007987 y DL 008460 emitidas por CONFIANZA, inexistencia de la obligación – ausencia de reclamación por parte del FNA artículo 1077 del C.Co.- Falta de demostración de un eventual siniestro y de la cuantía de la pérdida, pérdida del derecho o reducción de la indemnización al FNA, compensación, incumplimiento del deber del FNA de aminoración del daño, incumplimiento de la carga de evitar la extensión y propagación del siniestro por parte del FNA- no mitigación del hecho dañoso- reducción o pérdida del derecho a la indemnización, sujeción a los términos, condiciones, límites y exclusiones de las pólizas de cumplimiento, buena fe y la genérica.

SEGUROS CONFIANZA S.A. fu vinculado como llamado en garantía mediante auto del 3 de abril de 2019 (fl. 486) y contestó la demanda como se observa a folios 530 a 537.

- Frente a las pretensiones se atuvo a lo demostrado en el proceso
- Manifestó que procedió al pago de las liquidaciones de los demandantes previa aprobación del Ministerio de Trabajo así: ZARETH MANZÓN GARNICA en la suma de \$5.684.349; CLARA EUGENIA SÁNCHEZ por la suma de \$7.228.572 y a NELSON GERMÁN BALLESTEROS PEDRAZA la suma de \$3.255.845, pagos efectuados a las cuentas de ahorro de los demandantes.
- Propuso como excepciones de fondo las de falta de legitimación en la causa por pasiva de CONFIANZA S.A. para ser parte como litis consorte necesario, que los demandantes han sido reconocidos dentro del proceso de reorganización hoy liquidación judicial de la SOCIEDAD OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, agotamiento del valor asegurado en la póliza 24DL007987, ausencia de cobertura de las acreencias laborales reclamadas, ocurrencia por fuera de la vigencia de la póliza. En caso de proceder indemnización moratoria solicita quede limitada a la fecha en que fue admitido el empleador al proceso de reorganización empresarial contemplado en la ley; que los demandantes ha sido reconocidos dentro del proceso de reorganización hoy liquidación judicial de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y la genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo de fecha 14 de julio de 2021 en la cual condenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN al pago de las siguientes sumas por concepto de indemnización moratoria:

- A NELSON GERMÁN BALLESTEROS PEDRAZA la suma de \$14.613.333
- A ZARETH MANZÓN GARNICA la suma de \$21.200.000
- A CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ una suma de \$24.786.667

Absolvió a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de todas las pretensiones de la demanda. Declaró no probada la excepción de prescripción y probada la excepción de afectación de la póliza para el pago de prestaciones sociales. Absolvió a la ASEGURADORA CONFIANZA de las pretensiones incoadas en su contra y condenó en costas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A.

En la misma audiencia aclaró la sentencia respecto de los ordinales segundo y quinto para ABSOLVER a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. EN LIQUIDACIÓN de las demás pretensiones incoadas en su contra y a la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS de todas las pretensiones de la demanda. Aclaró el numeral quinto en cuanto a absolver a SEGUROS CONFIANZA de las pretensiones incoadas en su contra y que con la absolución no se cubre el incumplimiento de las pólizas.

El A-quo llegó a esta determinación por encontrar probado que los demandantes tuvieron contratos con OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES por los periodos, cargo y salarios que se indican en la demanda lo cual fue aceptado por la E.S.T., y cuyo pago de prestaciones sociales fueron canceladas por orden del Ministerio del Trabajo. Manifestó mediante la afectación de una de las pólizas expedidas por la aseguradora CONFIANZA S.A., lo que fue aceptado por los demandantes. Respecto a la indemnización moratoria consideró que a la fecha de terminación del contrato no fueron canceladas las acreencias laborales por lo que era procedente dicha condena por cuanto los contratos terminaron antes de la iniciación de la reorganización de la empresa por lo que impuso dicha condena al no encontrar probada la buena fe hasta el momento en que se dio inicio a la reorganización empresarial, momento a partir del cual se encontraba impedida para efectuar el pago, conforme a la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 34107 del 5 de mayo de 2019. Condenó por ello al pago de la indemnización moratoria para cada uno de los demandantes desde la terminación de cada uno de los contratos y hasta el 15 de febrero de 2019, fecha de ingreso de la empresa OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. a reorganización empresarial y no reconoció la indexación por constituir una doble sanción.

Consideró que el verdadero empleador fue OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. pues la contratación se hizo conforme al artículo 6 del Decreto 4369 de 2006 conforme a la prueba testimonial y documental ya que la contratación se hizo para incrementos de producción y no superó el tope máximo de contratación allí establecido y acorde con los contratos suscritos entre OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO se requirió la contratación a través de E.S.T. conforme al Decreto mencionado, razón por la que consideró que al FNA no le asistía responsabilidad solidaria en el pago de las acreencias reclamadas a la empleadora OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y por ello absolvió al FNA y a LIBERTY SEGUROS S.A. llamada en garantía. Declaró no probada la excepción de prescripción toda vez que, entre la terminación de los contratos y la iniciación del proceso, no transcurrió el término prescriptivo.

Recurso de apelación

La parte actora.-

NELSON GERMAN BALLESTEROS interpone el recurso de apelación mediante el cual solicita se decrete la responsabilidad solidaria de las dos empresas demandadas conforme a lo normado en el Código Sustantivo del Trabajo, ya que el demandante ejecutó las labores relacionadas con el objeto social del Fondo Nacional del Ahorro donde ejerció como Gerente de Proyecto, por lo que debe asumir el FNA la solidaridad ya que se hizo uso fraudulento de los servicios del trabajador.

ZARETH MANZÓN apela en cuanto a la indemnización moratoria por considerar que debió extenderse hasta el pago efectivo de las prestaciones sociales, toda vez que se indicó que la demandada no actuó de buena fe pues la crisis económica no es justificante de buena fe, por lo que no debió limitarse la sanción hasta el 15 de febrero de 2016 fecha de ingreso a la reorganización empresarial sino extenderse hasta la fecha en que se efectuó el pago de las prestaciones sociales.

Igualmente interpone recurso respecto a que se declare que el FNA es el directo empleador o en su defecto se declare solidariamente responsable por cuanto se debe estudiarse la calidad de esta entidad como empleador, conforme lo indicó la sentencia SL-4330 de 21 de octubre de 2020 para lo que se debe analizar la necesidad de contratar, pues los trabajadores efectuaron actividades relacionadas con el objeto social de la usuaria en labores de carácter permanente en favor del FNA a efectos de reducir costos laborales y no en actividades ocasionales o transitorias.

CLARA EUGENIA SÁNCHEZ interpuso el recurso de apelación en los mismos términos de los dos apelantes anteriores, para lo que reiteró que el FNA ya ha sido condenado en oportunidades anteriores por situaciones similares a las del presente proceso, en el que se ha constatado que la labor realizada por la actora es una labor permanente y relacionada con las actividades normales del FNA.

OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y el FONDO NACIONAL DEL AHORRO no interpusieron recurso alguno.

La llamada en garantía ASEGURADORA LA CONFIANZA apela respecto del ordinal quinto para que se revoque la posibilidad de afectar otra póliza diferente a la que se encontraba vigente para la anualidad de enero de 2015 a enero de 2016 para lo que manifestó que la aseguradora expidió tres pólizas en este caso, y que cada una

cubre una determinada anualidad y no puede haber una que cubra la misma anualidad que otra, por lo que la única póliza que estaba vigente para esa época era la póliza No. 24DL007987 por \$5.154.800.000 que se encuentra totalmente agotada conforme a la prueba que se aportó al proceso, ya que con ella se cancelaron las prestaciones de más de 2000 trabajadores de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES.

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

Parte demandante.

NELSON GERMAN BALLESTEROS: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

ZARETH MANZÓN: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ: Indicó que su verdadero empleador fue el FNA por lo que, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas se debe condenar a dicha entidad.

Parte demandada.

OPTIMIZAR E.S.T. EN LIQUIDACIÓN: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

FONDO NACIONAL DEL AHORRO: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

Llamadas en garantía.

LIBERTY SEGUROS: Indicó que no existe solidaridad en el proceso como lo argumentan los demandantes, ya que está establecido taxativamente que obligaciones debe asumir la empresa de servicios temporales y, en todo caso que se demostrara que el FNA era responsable de acreencias laborales, las pólizas suscritas con Liberty no cubren dichas obligaciones.

SEGUROS CONFIANZA S.A.: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

CONSIDERACIONES

Esta Sala aborda el estudio de los recursos de apelación en relación con los puntos expuestos en la censura, toda vez que ese es el alcance establecido por el artículo

35 de la Ley 712 de 2001, que adicionó el artículo 66A del C. P. T y S. S., así: *"La sentencia de segunda instancia deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación"*, y en consecuencia se analizará en primer lugar la inconformidad presentada por la parte actora en relación con el incumplimiento de los requisitos para la contratación a través de empresas de servicios temporales por parte del FONDO NACIONAL DEL AHORRO y como consecuencia se declare que el FNA es el verdadero empleador o se declare la solidaridad de esta entidad en el pago de la indemnización moratoria y posteriormente, lo relacionado con la extensión de la condena al pago de la indemnización moratoria hasta la fecha en que se efectuó el pago de las prestaciones sociales y no hasta el ingreso de OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES a reorganización empresarial. Por último, se resolverá sobre la apelación de la llamada en garantía ASEGURADORA CONFIANZA S.A. respecto a la afectación únicamente a la póliza No. 24DL007987 y no a otra póliza en relación con lo dispuesto en el ordinal quinto de la sentencia.

Legalidad de la Contratación con E.S.T.-

Los demandantes recurrentes interponen recurso respecto a que se declare que el FNA debe ser declarado verdadero empleador o en su defecto solidariamente responsable del pago de las acreencias por cuanto los demandantes desarrollaron actividades propias del objeto social del FNA las que son permanentes en la entidad.

Así las cosas, se analizará si es legal la contratación de los demandantes, para lo que en primer lugar se ha de tener en cuenta que el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, establece que:

"Es empresa de servicios temporales aquella que contrata la prestación de servicios con terceros beneficiarios para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante la labor desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la empresa de servicios temporales, la cual tiene con respecto de éstas el carácter de empleador". Las empresas usuarias únicamente pueden contratar trabajadores en misión por medio de las empresas de servicios temporales, conforme con el artículo 77 de la citada Ley, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más, cuando se trate de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo; cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad; y para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogable hasta por seis (6) meses más."

En igual forma el artículo 6 del decreto 4369 de 2006 dispone:

"Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo. 2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad. 3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses, prorrogable hasta por seis (6) meses más. Parágrafo. Si cumplido el plazo de seis (6) meses más la prórroga a que se refiere el presente artículo, la causa originaria del servicio específico objeto del contrato subsiste en la empresa usuaria, esta no podrá prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio."

Es de resaltar que en el evento de encontrarse que no se cumplen los requisitos de las normas que rigen este tipo de contratos, sobreviene la responsabilidad de la empresa usuaria del servicio, bajo el entendido, de que es la verdadera empleadora y la empresa de servicios temporales es una simple intermediaria, lo que trae como consecuencia la responsabilidad solidaria en el pago de los derechos laborales de los trabajadores enviados en misión. En el caso en estudio no fueron objeto de controversia los extremos de la relación laboral de cada uno de los demandantes tal y como fue declarado en la sentencia recurrida, y en consecuencia es claro que los demandantes estuvieron vinculados a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y que prestaron sus servicios como trabajadores en misión al FONDO NACIONAL DEL AHORRO de la siguiente manera:

NELSON GERMÁN BALLESTEROS PEDRAZA fue vinculado desde el 6 de abril de 2015 al 30 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de "Profesional IV" con funciones de gerente de proyecto del Convenio Inter Administrativo 300 de 2014 y un salario de \$3.200.000.

ZARETH MANZÓN GARNICA estuvo vinculado desde el 1 de diciembre de 2014 hasta el 8 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de "Administrativo I" con un salario de \$4.000.000.

CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ fue vinculada desde el 1º de diciembre de 2014 hasta el 23 de septiembre de 2015 para desempeñar el cargo de "administrativo I" con un salario de \$5.200.000.

De lo anterior se concluye que la contratación de ninguno de los demandantes superó el término en las normas citadas, esto es no superaron los seis meses

prorrogables por 6 meses más (12 meses), por lo que este requisito se encuentra cumplido.

Ahora, para establecer si se cumplieron los demás requisitos, esto es si se trató de labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6o del Código Sustantivo del Trabajo; si se requirió la contratación para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad o para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, se revisan las demás pruebas allegadas al proceso como interrogatorios de parte y testimonios.

ZARETH MANZÓN indicó en el interrogatorio de parte que suscribió contrato con la temporal y prestó sus servicios como trabajadora en misión para el FNA, que todos los pagos los hacía la temporal, que les llevaron el contrato a las oficinas del FNA para la firma del contrato y que sus funciones eran las de analizar y depurar bases de datos del FNA, analizar modelos estadísticos en compañía del Banco mundial y tenían también sus propios modelos, revisar la información de sus propias bases de datos, seguimiento a la cartera, analizaba el perfil de cliente, creación del modelo para detección de lavado de activos, revisar que se llevara a cabo el contrato y que la parte estadística estuviera bien.

CLARA EUGENIA SÁNCHEZ DÍAZ, dijo haber laborado con el FNA a través de la empresa temporal demandada y todos los pagos eran realizados por la temporal y prestaba servicios de asesoría financiera en el área financiera del FNA.

NELSON GERMÁN BALLESTEROS manifestó haber prestado sus servicios al FNA a través de la empresa temporal demandada y que continuó con el FNA, que todos los pagos los hacía OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES, que las labores eran las de Profesional y gerente de proyecto; que recibió el pago de las prestaciones dos años después consignadas por CONFIANZA S.A.

LAURA MARÍA SANTA ZULUAGA manifestó que laboró de febrero de 2013 a julio o agosto de 2016 y que ZARETH MANZÓN llegó en mayo de 2014 hasta septiembre de 2015 sabe que ella era profesional para riesgo de crédito en modelos estadísticos, con un salario cercano a \$4.000.000 que era pagado por la temporal, aunque también estuvieron vinculadas mediante otras dos empresas temporales. Que las funciones eran las de apoyo de riesgo de crédito, tenía un puesto de trabajo con computador asignado por el FNA y sus jefes fueron Giovanni o Gustavo no recuerda los apellidos y Guillermo Rodríguez que era el superior de todos. No está segura de los pagos realizados por Aseguradora Confianza.

Así las cosas, es claro que el señor NELSON GERMÁN BALLESTEROS se desempeñó como "Profesional IV" y que continúa prestando sus servicios al FONDO NACIONAL DEL AHORRO conforme al interrogatorio de parte y las señoras ZARETH y CLARA EUGENIA desempeñaban el cargo de "Administrativo I" y si bien es cierto estos cargos no figuran en la planta del FNA, es necesario señalar que el FNA es una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, organizado como establecimiento de crédito de naturaleza especial, con personería jurídica, autonomía administrativa y capital independiente, que tiene como objeto administrar de manera eficiente las cesantías y contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, con el fin de mejorar su calidad de vida, convirtiéndose en una alternativa de capitalización social.

Entre sus funciones se encuentran las de "a) Recaudar las cesantías de los afiliados de acuerdo con las disposiciones vigentes: b) Pagar oportunamente el auxilio de cesantía a los afiliados; c) Proteger dicho auxilio contra la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, de conformidad con lo dispuesto en la presente ley; d) Adelantar con criterio de justicia social e imparcialidad en la adjudicación, utilizando los recursos disponibles, programas de crédito hipotecario y educativo para contribuir a la solución del problema de vivienda y de educación de los afiliados, para lo cual podrá celebrar convenios con las Cajas de Compensación Familiar y entidades de la economía solidaria, y con entidades públicas o privadas, nacionales o internacionales. Para el cumplimiento de su objeto y funciones, el Fondo Nacional de Ahorro no adelantará directamente ni contratará la construcción de vivienda."

Las demandadas suscribieron los contratos No 275 de 2014 y el contrato 147 de 2015 que tenían como objeto "PRESTACIÓN DEL SERVICIO DE UNA EMPRESA DE SERVICIOS TEMPORALES, QUE SUMINISTRE PERSONAL EN MISIÓN QUE PERMITA CUBRIR LAS NECESIDADES DE CRECIMIENTO Y EXPANSIÓN DEL FONDO NACIONAL DEL AHORRO EN ARMONÍA CON EL PLAN NACIONAL DE DESARROLLO Y LA PLANEACIÓN ESTRATÉGICA 2015-2019"; contrataciones que, conforme a lo allí indicado, abarcaban aspectos propios del objeto misional de la entidad toda vez que eran para atender las necesidades de crecimiento y expansión del FNA y no para labores temporales, accidentales o transitorias o que no correspondieran a su objeto.

Así las cosas, se tiene que los demandantes realizaron actividades normales de la empresa usuaria, en los cargos de "Profesional IV y Administrativo I" de conformidad con los contratos de trabajo, para realizar las actividades operativas y administrativas, correspondientes a las actividades normales del FNA, esto por cuanto fueron vinculados dentro del programa de crecimiento y expansión del Fondo

Nacional del Ahorro en armonía con el Plan Nacional De Desarrollo y la Planeación Estratégica, labores que no encuadran dentro de las permitidas para contratación de servicios temporales que se establecen en las normas que regulan la contratación de trabajadores en misión a través de las E.S.T.

Por lo anterior, es de recibo lo manifestado por los apoderados de la parte demandante en cuanto a que la contratación fue irregular, pues si bien en este específico asunto no se superó el término de vinculación establecido en las normas antes citadas, lo cierto es que se vinculó personal por intermedio de la EST para satisfacer una necesidad propia del FNA en función del programa de crecimiento y expansión del FNA, labores que sin duda alguna, se requieren para dar cumplimiento a su objeto, por lo que no son extrañas al giro ordinario de sus negocios, y contarían abiertamente no solo el fin de las empresas de servicios temporales sino lo dispuesto en el Decreto 4369/06 Artículo 6º que dispone que "Los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos: 1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 60 del Código Sustantivo del Trabajo," y el artículo mencionado señala que es trabajo ocasional o transitorio es el de corta duración que "*se refiere a labores distintas de las actividades normales del empleador*".

Las E.S.T. no pueden ser instrumentalizadas para cubrir necesidades permanentes de la empresa usuaria o sustituir al personal que se requiere de carácter permanente, sino para cumplir las actividades excepcionales y temporales previstas en la Ley y en consecuencia se debe modificar el ordinal tercero de la decisión de primera instancia para en su lugar declarar la responsabilidad solidaria del FONDO NACIONAL DEL AHORRO respecto de las condenas impuestas a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES por concepto de indemnización moratoria.

Indemnización moratoria.- También es objeto de inconformidad por la parte actora esta condena, por cuanto consideran que se debe extender hasta la fecha en que se efectuó el pago de las prestaciones sociales y no hasta la fecha en que la empresa temporal ingresó a la reorganización empresarial.

Es necesario mencionar en primer lugar, que, a la fecha de la terminación de los contratos, esto es, al 30 de septiembre de 2015, OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. no se encontraba en reorganización empresarial y no se probó de manera alguna una justificación para no efectuar el pago de las prestaciones sociales a la terminación de los contratos, por lo que procedía la condena por concepto de la indemnización moratoria. Ahora, a partir de la fecha de presentación de la solicitud de admisión al proceso de reorganización empresarial se encuentra

prohibido ejercer algunos actos a los administradores de las empresas en reorganización, sin la previa autorización del Superintendente de Sociedades, como en este caso sería el pago, transacción o conciliación de la obligación a su cargo por cuenta del crédito laboral de los demandantes, tal como lo prevé el artículo 17 de la Ley 1116 de 2006.

Es de resaltar que para iniciar el proceso de reorganización, la empresa debe presentar ante la Supersociedades los estados financieros básicos y el inventario de activos y pasivos con memoria explicativa de las causas de la insolvencia y flujo de caja para pagar y en el auto de iniciación de la reorganización se emiten órdenes para el deudor y se nombra un promotor quien será el encargado de adelantar las negociaciones, por lo que no puede considerarse que la EMPRESA OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. conservara disponibilidad sobre bienes y dineros para ordenar el pago de los salarios y prestaciones adeudados, después de iniciado el proceso de reorganización empresarial.

Aunado a lo anterior, en el presente proceso se encuentra acreditado con la contestación de la demanda por parte de CONFIANZA S.A. que se realizaron por parte de la demandada OPTIMIZAR EST y por el FNA todos los trámites necesarios y correspondientes para afectar las pólizas tomadas al efecto y para que la Aseguradora CONFIANZA S.A. realizara el pago de las prestaciones adeudadas; actuaciones que permiten concluir que la moratoria solo se debe imponer hasta la admisión del proceso de reorganización, por lo que a partir de la admisión en reorganización empresarial la EST actuó de buena fe, ya que la afectación de la póliza requiere trámites ante el Ministerio del Trabajo que se venían adelantando desde antes de la expedición de la Resolución 003863 del 30 de diciembre de 2016 que declaró el siniestro de las pólizas y solo hasta el 27 de marzo de 2017 se profirió la Resolución 00922 que no repuso la decisión anterior y ordenó a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES en liquidación que allegara por intermedio de su liquidadora a Seguros CONFIANZA, el listado de los trabajadores en misión a quienes se debía cobijar y garantizar el reconocimiento y pago de la liquidación de las acreencias laborales; razón por la que considera la Sala no se observa mala fe de las demandadas con posterioridad a la reorganización empresarial y en consecuencia la condena al pago de la indemnización moratoria debe ir hasta la fecha en que OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. entró en reorganización empresarial, esto es hasta el 15 de febrero de 2016.

Apelación llamada en garantía.- Respecto a la apelación de la llamada en garantía SEGUROS CONFIANZA en relación a que solo la póliza No. 24DL007987 puede verse afectada, toda vez que las demás pólizas que se suscribieron no cubrían

dicho periodo de tiempo, se procede a revisar la documental aportada y se observan a folio 447 a 458 las Resoluciones Nos. 00922 del 27 de marzo de 2017 y 1230 del 21 de abril de 2017 expedidas por el Ministerio del Trabajo, conforme a las cuales se declaró el siniestro de las pólizas de cumplimiento DL007987 y DL008460 expedidas por la compañía aseguradora de Fianzas S.A. CONFIANZA en favor de los beneficiarios trabajadores en misión para la vigencia de vinculación 2015-2016 hasta el máximo del valor asegurado, razón por la que son estas las pólizas que deben cubrir las condenas que se imponen, toda vez que ello ya fue resuelto por el Ministerio de Trabajo donde se interpusieron los recursos correspondientes, en razón de lo cual se confirma el ordinal quinto de la sentencia impugnada, pues el Ministerio del Trabajo determinó las pólizas que serían afectadas.

En concordancia con lo expuesto, se revoca el ordinal TERCERO para en su lugar condenar al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago en forma solidaria de la indemnización moratoria cuya condena fue impuesta a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A. y se confirma en lo demás la sentencia recurrida.

COSTAS. – Las de primera instancia se modifican para condenar en forma solidaria a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES y al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de las costas. Costas en esta instancia a cargo de las demandadas OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES. Se fijan como agencias en derecho la suma de quinientos mil pesos m/l. (\$500.000) para cada uno de los demandantes.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO. – MODIFICAR la sentencia proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá el día 14 de julio de 2021, en el sentido de **REVOCAR el ordinal TERCERO** para en su lugar CONDENAR en forma solidaria al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de la indemnización moratoria cuya condena se impuso en la sentencia recurrida a OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. – MODIFICAR el ordinal SEXTO en cuanto a condenar en forma solidaria al FONDO NACIONAL DEL AHORRO al pago de las costas del proceso en primera instancia.

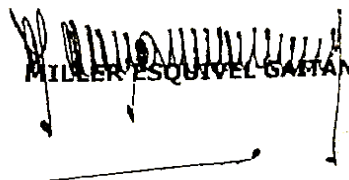
TERCERO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO.- COSTAS Las de primera instancia se modificaron conforme al ordinal segundo. Costas en esta instancia a cargo de la demandada recurrente OPTIMIZAR SERVICIOS TEMPORALES. Se fijan como agencias en derecho la suma de Quinientos mil pesos M/L (\$500.000) para cada uno de los demandantes.

Notifíquese y cúmplase


LUIS CARLOS GONZALEZ VELASQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



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

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE DIANA PATRICIA ARANGO SUAREZ
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Rad. 2019 – 00670 - 01 Juz. 12**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

DIANA PATRICIA ARANGO SUAREZ demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **AFP PORVENIR S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenida a folios 1 y 2.

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

Los hechos de la demanda se describen a folios 2 y 3. Nació el 25 de junio de 1965, cotizó al ISS hoy COLPENSIONES desde el 24 de julio de 1986 hasta el 31 de octubre de 2002, el 18 de septiembre de ese año suscribió formulario de afiliación con PORVENIR, fondo que no cumplió con el deber de asesoría que le asistía, ya que se limitó a brindar información parcial y conveniente a sus intereses para obtener la afiliación de ARANGO SUAREZ, así como tampoco le informó de la posibilidad de retornar al RPM. El 21 de marzo de 2019 radicó derecho de petición a PORVENIR en la que solicitó actualización de historia laboral, simulación de pensión, entre otras

cuestiones, petición reiterada con posterioridad, sin embargo, a la fecha de presentación de la demanda no fue resuelta. El 12 de julio de 2019 radicó reclamación ante COLPENSIONES, en la que pidió su retorno al RPM, petición negada mediante comunicación BZ2019_9471658-2031852.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 39) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 49 a 54.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento y edad de la actora, la reclamación presentada por ARANGO SUAREZ y su consecuente respuesta negativa.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción y caducidad, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

La **AFP PORVENIR S.A.** en los términos del escrito visto a folios 88 a 106.

- Se opuso a las pretensiones.
- No le consta ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso, el Juzgado Doce Laboral del circuito de Bogotá puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado el 1 de noviembre de 2002, por lo que declaró válidamente vinculada al RPM a la actora, condenó a PORVENIR a la devolución de todos los valores existentes en la cuenta de ahorro individual de ARANGO SUAREZ, con la inclusión de las sumas que corresponden a los gastos de administración y ordenó a COLPENSIONES a que reciba las mencionadas sumas y actualice la historia laboral de la demandante. Llegó a esa determinación al considerar que el simple

hecho de suscribir el formulario de afiliación no es una prueba suficiente para acreditar que se haya cumplido con el deber de información por parte de la AFP. Además, con el interrogatorio de parte a la demandante se demostró que la información entregada fue parcial, por lo que le correspondía a PORVENIR asumir la carga de la prueba y demostrar que había cumplido con informar adecuadamente a la afiliada al momento del traslado, situación que no ocurrió. No tuvo en cuenta el argumento de las demandadas respecto de un interés económico oculto en el desarrollo del proceso, por lo que consideró que la demandante está en todo su derecho de demandar la ineficacia del traslado, independiente de los motivos que la guíen. Declaró no probada la excepción de prescripción por cuanto el tema discutido se enmarca dentro del derecho a la seguridad social, y por ello, puede reclamarse (la validez de la afiliación) en cualquier momento y condenó en costas a PORVENIR.

Recurso de Apelación

PORVENIR: insiste, en síntesis, en que el traslado de régimen pensional es válido y que este no puede ser juzgado con normas posteriores a la fecha en que se produjo el cambio de régimen, ni tampoco exigir pruebas que no existían para la época. Resalta el interrogatorio de parte rendido por la demandante, quien adujo conocer de las características del sistema y su permanencia en el RAIS por más de 23 años. También alego que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de los 10 años prevista en la Ley 797/2003, y que era ella la que debía asesorarse sobre su situación pensional. También atacó la condena por gastos de administración en razón a que generaría un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, además de que son sumas descontadas por disposición legal y son producto de la buena gestión de administración de la AFP. Además, indicó que se está haciendo una lectura inadecuada de la nulidad o ineficacia, pues en estos casos solo están retornando las cosas a su estado anterior solo para una de las dos partes.

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

Parte demandante: Solicitó que se confirme la decisión en razón a que quedó totalmente demostrado que a ARANGO SUAREZ no le suministraron la debida información sobre el funcionamiento y las consecuencias del RAIS, por lo que su decisión de trasladarse de régimen fue bajo presión y con información incompleta.

Parte demandada:

PORVENIR: Pidió se revoque la decisión por cuanto el traslado fue valido, se cumplió con el deber de información conforme las Leyes existentes y la permanencia por varios años en el RAIS es prueba de que conocía el funcionamiento del sistema y de que su afiliación fue libre y voluntaria.

COLPENSIONES: Solicitó la revocatoria de la decisión porque el traslado fue una decisión libre de la actora, la cual no está viciada y fue precedida por una explicación clara por parte del fondo privado sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de la decisión. Indicó que al declararse la ineficacia del traslado y ordenar la afiliación de la demandante al RPM se genera una descapitalización del sistema general de pensiones, al recibir a una persona que nunca cotizó al sistema y a la que probablemente le deban reconocer un beneficio prestacional con dineros de otros cotizantes.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 25 a 28, contentiva de la solicitud elevada ante COLPENSIONES y la respuesta BZ2019_9471658-2031852 del 16 de julio de 2019, donde se niega la solicitud de traslado de régimen, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP PORVENIR S.A. (fl. 22), fondo al cual se trasladó desde el 18 de septiembre de 2002, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP PORVENIR S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 18 de septiembre de 2002 (fl. 22), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP PORVENIR S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹, norma que para aquel entonces reglamentaba la afiliación a las administradoras de fondos de pensiones, para esta Sala el diligenciamiento de tal formulario no es suficiente para considerar que era conocedora de todas y cada una de las implicaciones de trasladarse de régimen, pues nótese que este es un formulario preestablecido y no

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

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

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

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

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

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

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

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

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

corresponde a una expresión libre y voluntaria de la demandante. Lo anterior es así porque a lo que se debe dar preeminencia para el momento del traslado, es que la AFP suministre información veraz y suficiente, en la cual se dejen claras las implicaciones de esa decisión, independientemente de la solicitud de vinculación. Así lo ha considerado la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las fechadas el 9 de septiembre de 2008 con radicación No. 31.989 cuyo ponente fue el Dr. Eduardo López Villegas² y radicación No. 31.314 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón y la de 22 de noviembre de 2011 con radicación No. 33.083 de la misma ponente.

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

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

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

⁴ "La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información. La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Nada de lo anterior demostró PORVENIR S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria y si bien ésta AFP manifestó que previo al traslado, le suministró a la demandante información verbal donde explica algunos de los beneficios del régimen, la entidad no demostró ni aclaró si adicionalmente a esa exposición inicial y que fue brindada a la demandante, le expuso un panorama completo de las ventajas y falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aún cuando le faltaban 20 años para alcanzar la edad de pensión. Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo pero sin perder de vista que este deber desde un inicio ha existido (SL1452-2019), pues esa situación de entregar información parcial y general no se considera suficiente para entender las implicaciones de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Es de advertir que la nulidad o ineficacia se constituye no por los derechos que se sacrificaron con la decisión, sino por las características en que se dio el cambio de régimen, las que imposibilitaron a la demandante entender y prever sus implicaciones, aspecto igualmente ratificado en la jurisprudencia de la Sala Laboral de Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento de fecha el 3 de septiembre de 2014 SL12136-2014 con radicación No. 46292 cuya ponente fue la Dra. Elsy del Pilar Cuello Calderón, y es por eso que se juzga el acto jurídico al momento del traslado

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

y no con posterioridad, ya que este tipo de información sólo es relevante y útil si es oportuna (SL1688-2019).

De conformidad con todo lo anterior, colige La Sala que a ARANGO SUAREZ no le fue suministrada la información suficiente y necesaria que le permitiera medir las implicaciones de pertenecer y pensionarse bajo las reglas del régimen de ahorro individual con solidaridad, renunciando como consecuencia al régimen de prima media con prestación definida, lo cual conducirá inexorablemente a confirmar la sentencia apelada.

Orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración.

Frente a la viabilidad de la orden de devolver los dineros cobrados por concepto de administración y seguro previsional impartida en contra de la AFP PORVENIR S.A., es preciso indicar que tal condena es consecuencia necesaria de la ineficacia del acto inicial de traslado al régimen de ahorro individual, de ahí que se imponga a la AFP transferir a COLPENSIONES todos los dineros causados y descontados en razón de la afiliación de la demandante y asumir el deterioro sufrido por el bien administrado, esto es, las mermas causadas por la devolución del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, dentro del cual se encuentran incluidos los dineros descontados y reclamados en el recurso, sin que resulte valedero el argumento de que éste débito es legal y que por eso no se puede devolver, pues se insiste, la devolución de tales sumas son la consecuencia de la declaratoria de ineficacia sobre el acto jurídico del traslado de régimen, sumas que resultan necesarias ya que se está obligando a Colpensiones a recibir y responder por unos aportes efectuados de forma retroactiva sin que haya recibido alguna contraprestación por ese mismo periodo. Por consiguiente, el ordenar el traslado de los dineros respectivos de la actora no generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor del actor ni mucho menos de Colpensiones. Así lo ha precisado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en SL 2611-2020, donde se citó la SL 17595-2017, que rememoró la CSJ SL, 8 sep. 2008, rad. 31989, en la que se dijo:

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

[...]

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

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

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de la recurrente.

DECISIÓN

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

RESUELVE

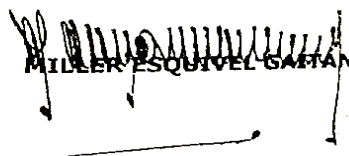
PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá de fecha 25 de octubre de 2021 conforme lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **PORVENIR S.A.**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de la recurrente.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ


JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA


MILLER ESQUIVEL GAITÁN

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: LUÍS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MAGDA CAROLINA PEDRAZA NIÑO
CONTRA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –
COLPENSIONES y AFP COLFONDOS S.A. Rad. 2019 – 00789 - 01 Juz. 19.**

En Bogotá D.C., a los treinta y un (31) días de marzo de dos mil veintidós (2022), siendo las tres (3:00) de la tarde, día y hora previamente señaladas por auto anterior; el Tribunal conforme a los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a dictar la siguiente

SENTENCIA

MAGDA CAROLINA PEDRAZA NIÑO demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP COLFONDOS S.A.** para que se profieran las declaraciones y condenas contenidas a folios 4 a 6.

- Ineficacia del traslado entre el régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, subsidiariamente nulidad.
- Traslado de aportes y gastos de administración.
- Uso de las facultades ultra y extra petita.
- Costas del proceso.

Los hechos de la demanda se describen a folios 3 y 4. Nació el 8 de noviembre de 1963, se afilió el 11 de Marzo de 1996 al ISS y cotizó en el RPM hasta que suscribió el 8 de junio de 1999 formulario de afiliación con COLFONDOS, sin embargo, al momento de la suscripción del formulario no le suministraron información adecuada y suficiente respecto del funcionamiento del RAIS, ventajas y desventajas de la afiliación al fondo privado, así como tampoco efectuaron una simulación pensional, simplemente le indicaron que podía pensionarse a la edad que quisiera y que la cuantía de su pensión podría ser superior a la del RPM. Solicitó simulación pensional

a COLFONDOS, la cual arrojo que su mesada pensional sería notablemente inferior en el RAIS respecto a lo que podría percibir en el RPM.

Actuación Procesal

Admitida la demanda por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de esta ciudad (Fl. 40) y corrido el traslado, las accionadas contestaron de la siguiente manera:

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** en los términos del escrito visto a folios 53 a 70.

- Se opuso a las pretensiones.
- En cuanto a los hechos aceptó la fecha de nacimiento, edad y fecha en la que la actora se afilió al ISS.
- Formuló como excepciones de mérito; descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

La **AFP COLFONDOS S.A.** en los términos del escrito visto a folios 76 a 98.

- Se opuso a las pretensiones.
- No aceptó ningún hecho.
- Formuló como excepciones de mérito; falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero y genérica.

Sentencia de Primera Instancia

Tramitado el proceso el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, puso fin a la primera instancia mediante sentencia de fondo en la que declaró la ineficacia del traslado de régimen realizado el 8 de junio de 1999, por lo que declaró válidamente afiliada a PEDRAZA NIÑO al RPM y condenó a COLFONDOS al traslado de todos los valores que se encontraban en la cuenta de ahorro individual de la actora, así como también los gastos de administración descontados durante la

vigencia de la afiliación al RAIS debidamente indexados. Llegó a esa determinación al considerar que el simple hecho de suscribir el formulario de afiliación no es una prueba suficiente para acreditar que se haya cumplido con el deber de información, ya que el mencionado formulario se encuentra pre impreso y éste simplemente acredita un consentimiento más no el cumplimiento completo al deber de información, más aun, cuando ni siquiera el fondo allegó dicha documental para acreditar que la actora lo haya diligenciado y suscrito. Además, se demuestra con el interrogatorio absuelto por la demandante que la información brindada fue incompleta, que simplemente se limitaron a indicar algunas ventajas del RAIS y a decir que el ISS se acabaría y perdería sus aportes, situación que no era totalmente cierta, porque si bien se liquidó el ISS nació COLPENSIONES, quien asumió a los afiliados y pensionados de la entidad extinta. Sostuvo que la excepción de prescripción no cuenta con vocación de prosperidad, en razón a que la pretensión del proceso es imprescriptible, además de que es solamente declarativa y hace parte integral al derecho a la seguridad social.

Recurso de Apelación

COLPENSIONES: no está de acuerdo con la sentencia del A quo, dijo que para la época del traslado la Ley 100/93 solo exigía la suscripción del formulario, el cual era el único requisito existente, por lo que la jurisprudencia de la CSJ relacionada con el tema y el deber de información que se formalizó hasta el año 2014 no son aplicables al caso, considera que mantener la decisión y aplicar los referidos postulados asalta los principios de confianza legítima y legalidad, ya que conforme el art. 29 constitucional los asuntos no pueden ser juzgados con normas que no estén vigentes, y en ese orden, precisa que todo el trámite afecta su derecho fundamental al debido proceso, como quiera que COLPENSIONES no participó del acto de traslado pero sí se le impone una carga prestacional al ordenar el retorno al RPM de la demandante, indica que ella es un tercero que no puede ser perjudicado. Considera que se está haciendo una lectura inadecuada del art. 1604 C.C., reprocha el hecho de que al demandante no se le imponga ninguna carga probatoria, se cuestiona cual es el documento, la prueba idónea y la norma a aplicar para el momento en que la demandante se cambió de régimen pensional. Cita el art. 9 del Código Civil para resaltar que la ignorancia de la ley no sirve de excusa y en esa medida la demandante estaba obligada a conocer los postulados descritos en los artículos 59 y siguientes de la Ley 100/93 que contempla todas las características y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, además de que hoy en día ya se

encuentra inmersa en la prohibición prevista en el art. 2 de la Ley 797/03. Dijo que con el tiempo de permanencia en el RAIS la actora ratificó y convalidó cualquier eventual situación que se pudo haber presentado al momento de cambiarse a PORVENIR, finalmente alegó el desequilibrio financiero que se presenta con estas decisiones.

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

Parte demandante: Solicito se confirme la decisión por cuanto está plenamente demostrado que la AFP no cumplió con el deber de información al momento del traslado de régimen, lo que hizo incurrir el error a la actora al afiliarse al RAIS bajo información sesgada.

Parte demandada:

COLFONDOS: Guardó silencio en la etapa correspondiente.

COLPENSIONES: Pidió se revoque la decisión por cuanto el traslado de régimen fue válido, el fondo privado no incurrió en ninguna falta y se cumplió con el deber de información conforme a las leyes existentes al momento de dicha situación. Afirma que se ve afectado notablemente con la decisión del A quo, por cuanto es un tercero de buena fe que no tuvo que ver en el acuerdo suscrito por la actora y el fondo privado pero si resulta condenado a asumir cargas que no le corresponden. Subsidiariamente solicitó que en caso de que se confirme la decisión también se confirmen todas las condenas impuestas a COLFONDOS.

CONSIDERACIONES

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

Reclamación Administrativa

Fue agotada en legal forma como se desprende de la prueba documental obrante a folios 29 a 31, contentiva de la reclamación de fecha 17 de septiembre de 2019, en la que solicitó la activación de su afiliación al RPM, y la respuesta que negó la petición por parte de la entidad, con lo cual se tiene por acreditado el requisito de procedibilidad de que trata el artículo 6º del C.P.T y S.S.

Régimen pensional

Frente al régimen pensional de la demandante, no se controvierte que actualmente se encuentra afiliada al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP COLFONDOS S.A. (conforme el folio 19 - petición de simulación pensional, y los folios 18 y 20 respuesta a petición), fondo al cual se trasladó desde el 1 de agosto de 1999 conforme se desprende de la documental vista a fl. 17, afiliación que se encuentra vigente.

Validez del traslado de régimen

Frente a la validez del traslado de régimen encuentra La Sala que la parte actora alega que se debe declarar nulo el acto mediante el cual se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad, ya que cuando tomo tal decisión la AFP COLFONDOS S.A. no suministró la suficiente información que le permitiera comprender las consecuencias de su traslado, las diferencias entre uno y otro régimen, la posibilidad de retorno al RPM, la posible pensión a la que accedería en uno u otro régimen, entre otros aspectos. Al respecto, si bien la demandante el 1 de agosto de 1999 (fl. 17), diligenció una solicitud de vinculación a la AFP COLFONDOS S.A., con la cual cumpliría los requisitos que consagra el Decreto 692 de 1994¹,

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

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

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

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

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

Es que una decisión tan importante como lo es la escogencia del régimen pensional bajo el cual se pensionará una persona y al cual se deberá someter en la época de retiro de la vida laboral, solo será realmente autónoma y consciente si el fondo de pensiones demuestra que la afiliada conoce los beneficios, como la posibilidad de pensionarse antes de cumplir la edad legal o escoger el tipo de retiro, pero también

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

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

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

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

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

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

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

Nada de lo anterior demostró COLFONDOS S.A., ya que se limitó a manifestar que la actora diligenció y firmó el formulario de solicitud de vinculación de manera libre y voluntaria, ni siquiera el formulario de afiliación fue allegado al proceso a pesar del requerimiento de la A quo a la entidad, por lo que COLFONDOS no demostró si quiera si le expuso a la demandante un panorama completo de las ventajas y

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

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

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

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

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

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

falencias de pertenecer al RAIS, además de una proyección del monto de su pensión, el cual es posible efectuar actuariando el mismo IBC, o cuanto necesitaba tener en su cuenta de ahorro individual para pensionarse en una determinada edad, aun cuando le faltaban 22 años para alcanzar la edad de pensión, nótese que la demandante en su interrogatorio de parte fue enfática en afirmar que la información que recibió fue que el ISS se iba a acabar y que perdería sus aportes, pero, más allá de eso, no se le expusieron todas las características que rigen el RAIS, fallando así con el deber de información.

Omisión que en consideración de La Sala no se subsanó, ni se saneó por el hecho de que la demandante conociera en el momento algunas de las características del RAIS y del RPM, pues recuérdese que el análisis del caso obedece a la valoración del cumplimiento del deber de información por parte de las AFP de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirlo, pero sin perder de vista que el deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones es exigible desde su creación tal como fue precisado en la SL1688-2019, donde se expuso:

*En armonía con lo anterior, el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, **la obligación de las entidades de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado».***

De esta manera, como puede verse, desde su fundación, las sociedades administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. No se trataba por tanto de una carrera de los promotores de las AFP por capturar a los ciudadanos incautos mediante habilidades y destrezas en el ofrecimiento de los servicios, sin importar las repercusiones colectivas que ello pudiese traer en el futuro. La actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del respeto debido a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general, transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.»
(Negrita fuera del texto)

Luego entonces el mismo postulado que se pretende aplicar a la actora respecto a la aplicación del artículo 9 del Código Civil, se empela con mucha más fuerza a las administradoras de los fondos pensionales, entidades que dada su posición de ventaja con el manejo de la información frente al afiliado nunca ha cumplido. Respecto a la aplicación del art. 1604 del Código Civil, basta con indicar que, la SL CSJ en diferentes pronunciamientos, entre ellos en la SL 1421 de 2019, precisó que en los *"términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se*

agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona” Ahora bien, el formulario de afiliación no es el único medio de prueba idóneo para acreditar el consentimiento informado acorde a la normatividad vigente al momento del traslado, es preciso recordar que se puede allegar cualquier medio de convicción que demuestre el cumplimiento del deber de información por parte de la AFP, tal y como lo menciona la sentencia CSJ SL 3871 de 2021, que dispuso;

"Ahora, la Corte no ha tenido la opinión de que las AFP deben documentar y probar por escrito la satisfacción del deber de información, como de alguna manera parece entenderlo Porvenir S.A. Si bien a lo largo de su jurisprudencia ha sido enfática en que corren con la carga de probar que suministraron información a los afiliados (CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426- 2019, CSJ SL373-2021, CSJ SL1949-2021), en ningún momento ha calificado qué pruebas son válidas y cuáles no, ni mucho menos ha exigido alguna formalidad demostrativa, de lo cual cabe concluir que en esta materia existe plena libertad probatoria”

En cuanto a la afectación a COLPENSIONES de los principios de confianza legítima y legalidad, conviene recordar que ellos operan respecto de actuaciones emanadas por parte de la administración pública y se ocupan de resguardar la buena fe que reviste a las relaciones dadas entre las autoridades y los particulares, tomando como punto de partida la necesidad que tienen los administrados de ser protegidos de actos arbitrarios o repentinos por parte del Estado, sin que en el proceso se haya acreditado alguna de estas situaciones a efectos de invocar la observancia de tal amparo.

Cabe resaltar que la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia no viola el debido proceso, ni demás garantías procesales como desacertadamente lo considera el apelante. Al respecto se rememora la sentencia C-836 de 2001 del órgano Constitucional, que expuso:

"La fuerza normativa de la doctrina dictada por la Corte Suprema proviene (1) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de establecerla y de su función como órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; (2) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y de igualdad de trato por parte de las autoridades; (3) del principio de la buena fe, entendida como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; (4) del carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que dicha autoridad ha construido, confrontándola continuamente con la realidad social que pretende regular. Este último fundamento de autoridad de las decisiones de la Corte Suprema muestra porqué la norma dispone que la doctrina probable está constituida por un número plural de decisiones judiciales (tres decisiones uniformes sobre un mismo punto de derecho). Precisamente para permitir que la Corte Suprema, al confrontar reiteradamente la doctrina judicial con un conjunto más o menos amplio de situaciones sociales concretas, pueda formular adecuadamente el alcance de los

principios que fundamentan su decisión. Aun así, dada la complejidad de la realidad social, tres decisiones en un mismo sentido pueden no ser suficientes para dar certeza a los jueces respecto del alcance de los principios formulados, y de ahí que la doctrina dictada por la Corte como juez de casación, sobre un mismo punto de derecho, se repute probable”

Lo anterior significa que el fundamento constitucional de la fuerza normativa de la doctrina elaborada por la Corte Suprema de Justicia se encuentra en el derecho que tienen los ciudadanos de acceder a decisiones judiciales fundadas en una interpretación uniforme y consistente del ordenamiento jurídico, toda vez que el precedente doctrinal es de obligatoria observancia tanto horizontal como verticalmente y debe ser tenido en cuenta en la resolución de casos semejantes, dado que garantiza la consonancia de las decisiones judiciales, la seguridad y coherencia del sistema jurídico, la efectividad del principio de igualdad y control de la actividad judicial.

COLPENSIONES también alega que es un tercero que no puede ser afectado con la orden del traslado de la actora al RPM, pero pasa por alto que tal orden trae implícita la devolución de todas las sumas de dinero que se causaron con la afiliación de la demandante al RAIS al ser esa la consecuencia de la declaratoria de ineficacia, luego entonces, la decisión no la afecta en la medida en que incluso se está ordenando devolver dineros que nunca se hubieran causado de haber continuado la actora en el RPM, como lo son las cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones sin descontar los gastos de administración debidamente indexados, dineros con los que se garantizan a la apelante el aludido principio de sostenibilidad financiera (SL2877-2020⁵).

Finalmente es de precisar que dada la naturaleza de este proceso y el análisis jurídico que lo reviste, en el asunto no importa el tiempo de permanencia de la demandante en el RAIS o si la misma cuenta con menos de 10 años para trasladarse de régimen pensional, pues se itera en esta clase de procesos lo que se estudia es la falta de información veraz y oportuna que la AFP debió emplear al momento de convencer a la demandante de cambiarse del fondo pensional.

Bajo los anteriores razonamientos, se **CONFIRMA** la sentencia apelada.

⁵ El principio de sostenibilidad financiera no se afecta cuando los recursos que debe reintegrar el fondo privado se utiliza para el reconocimiento del derecho pensional con base en las reglas del régimen de prima media con prestación definida.

COSTAS

Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de la recurrente.

DECISIÓN

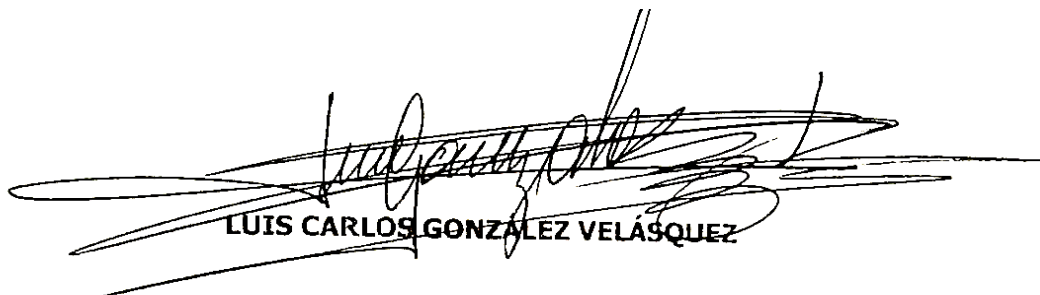
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D. C., Sala Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley.

RESUELVE

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del circuito de Bogotá D.C., el ocho de octubre del dos mil veintiuno, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. - COSTAS: Las de primera se confirman. Las de alzada estarán a cargo de **COLPENSIONES**, fíjense como agencias en derecho la suma de 1 SMLMV (\$1'000.000) a cargo de la recurrente.

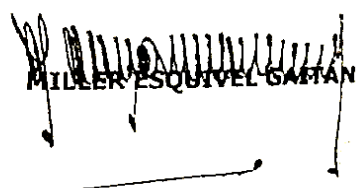
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



LUIS CARLOS GONZÁLEZ VELÁSQUEZ



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA



MILLER ESQUIVEL GAITÁN