



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **YVONNE PAOLA CASTILLO VARGAS** contra **DEAS LTDA Y VIGILANCIA ACOSTA LTDA.**

EXP. 11001 31 05 005 2018 00253 03

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

En la fecha arriba señalada y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto N° 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados: MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA, ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver el recurso de apelación interpuesto por ambas partes contra la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la existencia de un único contrato de trabajo, desde el 1.º de abril de 2003 hasta el 4 de septiembre de 2017, en el que hubo sustitución de empleadores entre DEAS LIMITADA y VIGILANCIA ACOSTA LIMITADA, y en consecuencia, se condenara al pago del reajuste de las cesantías, intereses de cesantías y vacaciones por todo el tiempo, así como la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo y la sanción por no consignación de las cesantías durante todo el tiempo, también solicitó el pago de una pensión sanción, el pago de reajustes por concepto de prestaciones sociales no pagadas con base en su real salario, extra y ultra petita, y las costas del proceso.

Como fundamento relevante de sus pretensiones, manifestó que ingresó a laborar desde el 1.º de enero de abril de 2003 hasta el 4 de septiembre de 2017, vinculada de forma ininterrumpida a través de suscripciones de diferentes contratos de trabajo a término fijo y *otros si*, para desempeñar los cargos de: auxiliar de oficina, recepcionista, asistente de recursos humanos, coordinador de recursos humanos y directora de gestión humana; que durante todo ese tiempo recibió pagos parciales de cesantías. También, relató que su liquidación de prestaciones sociales no fue liquidada con base en su salario real, y que renunció producto del acoso laboral y el incumplimiento de la demandada en sus obligaciones.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 31 de julio de 2018, ordenándose la notificación y traslado a las demandadas (f.º 91).

La demandada, **DEAS LTDA.**, dio contestación a la demanda; se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó cada una de las vinculaciones de la demandante, pero aclaró que cada uno de ellos tuvo vida jurídica propia e independiente entre 2003 hasta el 2016, y que las prestaciones sociales fueron pagadas conforme a acoso laboral por parte de DEAS LTDA a la demandante, en vigencia de las diferentes relaciones laborales, cumplimiento de las obligaciones laborales del empleador DEAD LTDA, Inexistencia de sustitución patronal, inexistencia de requisitos para exigir la aplicación de la pensión sanción, inexistencia de contrato único, ausencia de requisitos para la aplicación de sanción por no consignación de cesantías, inexistencia de descuentos no autorizados, inexistencia de terminación de contrato por justa causa del trabajador, prescripción, cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación por acreditación del pago total de las acreencias laborales a la demandante, buena fe, beneficios o auxilios habituales u ocasionales que no constituyen salario, falta de legitimación en la causa por pasiva de relación a DEAS LTDA, con vínculos laborales posteriores al 31 de diciembre de 2016 y genérica (fl.151-211).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia de 04 de febrero de 2021, declaró la unidad de empresa entre las demandadas, declaró la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1.º de abril de 2003 hasta el 4 de septiembre de 2017, y en consecuencia, las condenó solidariamente al pago de una indemnización por despido injusto, sanción del artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo de manera indexada, sanción moratoria del artículo 65 ibídem, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, en forma total la inexistencia de obligación de reliquidación de prestaciones sociales y

pensión, y condenó en costas.

Consideró, que existió una unidad de empresa entre las demandadas, por cuanto se trataban de sociedades compuestas por personas de responsabilidad limitada, además porque en el certificado de existencia y representación legal se aclara la situación de control y grupo empresarial inscrita el 18 de noviembre de 2015, en donde se indica que Jesús Acosta Martínez, controlante, comunica que configura grupo empresarial con las sociedades Vigilancia Acosta Limitada y Deas Ltda., cuyo capital de tal persona sobre las sociedades supera el 99.9% de cada una de las sociedades, pues el negocio de esa persona controlante en ambas empresas es la vigilancia.

Por otro lado, expresó que en cuanto a una sola unidad contractual, de acuerdo con el interrogatorio de parte que absolvió la representante legal de DEAS LTDA, esta confesó que hubo un desarrollo de la prestación del servicio de manera continua sin ninguna interrupción, por lo cual extrajo que esa práctica intentaba disfrazar una relación indefinida a través de diferentes contratos de trabajo a término fijo, por lo que sostuvo que se configuró una sola relación laboral a término indefinido sin solución de continuidad.

En lo que se refiere a la reliquidación de prestaciones sociales, indicó que no se aportaron elementos de juicio suficientes para acreditar en que periodos fueron recibidos los conceptos que la parte actora indica como salariales para proceder algún tipo de reliquidación, por lo que no era procedente arribar condena por ese punto.

Sobre el despido indirecto, reflexionó que la testigo, Yulibet Gracia, indicó que recibió instrucción de que a la demandante se le

debía descontar una suma por concepto de un error que se había cometido por Talento Humano y producto de ese error, la empresa había sido condenada en un proceso laboral, y, por tanto, alguien debía pagar ese error, por lo que quedaba acreditado el motivo alegado por la trabajadora y, por ende, había lugar a la indemnización por despido injusto.

Amén, que también se había acreditado un segundo motivo de malos tratos, por cuanto el testigo, Rafael Santiago Torres Beltrán, quien laboró desde el 10 de julio de 2017 hasta septiembre de 2017, para VIGILANCIA ACOSTA LTDA, cómo director de investigaciones en la misma oficina que la actora, presenció de manera reiterada que esta recibía malos tratamientos de la señora Diana Cifuentes, manifestó que le constaba, porque presenció en carne propia cuando la trataba de bruta e inepta, y que diariamente se reunían con la señora Diana Cifuentes que era la jefe.

Dijo también, que Yulibeth laboró para DEAS LTDA, 1.º de abril del año 2000 al 31 de diciembre de 2017, quien para el año 2016, se desempeñaba como contadora pública y se encontraban en la misma oficina, pero tenían puestos separados. Que iba a pasar a VIGILANCIA ACOSTA LTDA. Que había un caso de una ex empleada de DEAS LTDA, que demandó y las cuentas de la empresa habían sido embargadas, pero sabe que se le descontó una cuota mensual, y que la misma era referente a ese error que debía asumir, porque era la persona que estaba DEAS LTDA, que laboraba en el área de recursos humanos, no recordó las cifras, y tampoco quien le dio esa instrucción. Adicionalmente, encontró acreditado con el testimonio de Rafael Torres, un segundo motivo que fue los malos tratamientos a la actora.

Señaló, que se demostró que, desde mayo de 2017, a la

demandante le fue descontado quincenalmente descuentos de \$583.443 pesos, sobre la fachada de un crédito de \$4.000.000 de pesos, por lo que era procedente fulminar condena por indemnización moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

También, manifestó que al estar probados pagos parciales de cesantías, durante toda la relación laboral, era procedente condenar a la demandada al pago doblado de esa prestación conforme al artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, solo de los años 2014 a 2017, por salir avante parcialmente la excepción de prescripción.

Sobre la solicitud pensión sanción, dijo que la demandada acreditó la afiliación al sistema general de pensiones de la demandante, por lo que no era procedente la misma.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

Los apoderados de la parte **DEMANDADA, DEAS LTDA Y VIGILANCIA ACOSTA LTDA**, interpusieron recurso de apelación, reparando en cuanto a la unidad de empresa, por cuanto no se verificó la razón verdadera de la declaratoria de tal condición. Adicionalmente, porque no se probó una interrelación económica que se hubiese presentado entre las empresas, la participación accionaria, control financiero y administrativo, así como la empresa principal, para lo cual citó apartes de la providencia CSJ SL6228-2016.

Atacó la decisión, en lo que respecta a la unidad contractual, por cuanto si bien los contratos fueron continuos; las funciones y el salario eran diferentes, por lo que no debía declararse un contrato a término indefinido, sino dar validez a los contratos de trabajo a término fijo. Insistió en que hubo diferentes cargos y salarios

distintos por encima de lo que autorizaba la ley para el incremento salarial.

Manifestó su inconformidad, en lo referente al despido injusto declarado, puesto que el testimonio de Yulibeth García Bustos, fue contradictorio toda vez que manifestó que los descuentos se hacían desde DEAS LTDA, y con las documentales aportadas, no se evidenciaron esos descuentos en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2016, además que el crédito de 4.000.000 de pesos no era ninguna fachada y es legítimo. Asimismo, indicó que no se probaron los motivos indicados en la carta de renuncia.

También, se reparó a la declaratoria de un contrato a término indefinido, porque un contrato a término fijo jamás se vuelve indefinido, por lo que todas las indemnizaciones pretendidas serían distintas. Que no hubo mala fe del empleador, porque el descuento que se efectuó fue por un préstamo, el cual no fue tachado de falso como solicitud de crédito y que si, hubiese sido una fachada se hubiera tachado de falso, por tanto, se debería revocar la sanción moratoria porque no está probada la mala fe. Por último, presentó reparos sobre la sanción de pago doblado de cesantías, toda vez que los contratos que finalizaron eran diferentes y menoscabaron los derechos laborales de la actora.

V. CONSIDERACIONES

Para decidir la apelación interpuesta por las partes, el tribunal tendrá en cuenta las previsiones del artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, según el cual, la sentencia de segunda instancia y la decisión sobre los asuntos apelados, deberán estar en consonancia con las materias objeto de la apelación, lo cual le impone un límite a la competencia del tribunal, ya que no puede ir

más allá de las inconformidades expuestas por el recurrente. En este orden, la sala tendrá varios problemas jurídicos a resolver así: **i)** determinar si se configuró entre las demandadas una unidad de empresa, así como una sola unidad contractual entre las partes, **ii)** si se presentó o no, una terminación con justa causa por parte de la trabajadora, y finalmente, **iii)** la procedencia de la sanción por la no consignación de las cesantías, y la moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Ahora bien, descendiendo al caso que nos ocupa, en lo que respecta al primer problema jurídico sobre la unidad de empresa, es menester traer a colación la providencia SL4122-2021, en la que la corte expresó que,

“...resulta necesario señalar que el intelecto que le dio el juez de segundo grado al artículo 194 del CST, se acompasa con lo que al efecto a sostenido esta Corporación, en el sentido de que (SL15966-2016):

*tratándose de la existencia de varias personas jurídicas, como ocurre en el sub lite, para que se configure la denominada unidad de empresa, deben concurrir la existencia de una principal o matriz y otra subordinada que se denomina filial o subsidiaria. **Ahora bien, esa dependencia se presenta solo cuando la primera de ellas ejerce un predominio económico sobre la segunda, por lo que, precisamente, es este elemento el que debe verificarse, a efectos de declarar la existencia de dicha figura,** tal como lo ha sostenido esta Sala, entre otras, en las providencias CSJ SL6228-2016 y CSJ SL6313-2016. (subrayado fuera de texto).”*

Lo anterior, implica que para la configuración de la unidad de empresa se debe demostrar que una de ellas tenga predominio económico sobre las demás, puesto que, de no ser así, no podría hablarse de la existencia de una unidad empresarial.

En el presente caso, los apoderados de las enjuiciadas se duelen de que el razonamiento que llevo al juez a declarar la unidad de empresa, se soportó en una inscripción en el certificado de existencia

y representación legal de las sociedades demandadas, en donde aparece el señor Jesús Acosta Martínez como controlante y comunicando que configura grupo empresarial con las sociedades Vigilancia Acosta Limitada y Deas Ltda, cuyo capital de tal persona sobre las sociedades supera el 99.9% de cada una de las sociedades, puesto que tal situación no demuestra el predominio económico.

Considera la sala, que la aclaración contenida en el certificado de existencia y representación legal de ambas sociedades (fl. 105 y 110), se refiere a una situación de control que ejerce el señor Jesús Hernando Acosta Martínez sobre un conjunto subordinado de empresas que conforman un grupo empresarial en el que específicamente se encuentran las sociedades demandadas.

Lo anterior, en manera alguna configura una unidad de empresa, sino a la configuración de un grupo empresarial por cuanto cada una de las entidades persiguen la consecución de un objetivo determinado por el controlante, cual es la vigilancia, sin embargo, esa simple circunstancia no se puede equiparar a una unidad empresarial establecida en el artículo 194 del Código Sustantivo del Trabajo, por cuanto no se encuentra acreditado la dependencia económica o predominio económico entre una y otra, motivación esta suficiente para revocar la declaratoria de unidad empresarial entre las demandadas.

Por otro lado, se manifestó inconformidad con la declaratoria de una unidad contractual entre el 1.º de abril de 2003 hasta el 4 de septiembre de 2017, y para dirimir este punto, conviene traer lo expuesto por la CSJ en la providencia SL3759-2019, en donde se expresó lo siguiente:

“...No quiere decir la Corte con ello que el cambio de una modalidad de contratación a otra dentro de la relación de trabajo esté prohibido o solo

pueda registrarse en todos los casos en una única vía de menor a mayor estabilidad en el empleo, así como tampoco que un tipo de contrato sea mejor o más legítimo que otro. Desde luego, la libertad contractual de que gozan las partes intervinientes en la relación laboral les permite escoger espontáneamente la manera como se desarrollará la misma a la luz de las posibilidades previstas en el Código Sustantivo del Trabajo y que no responden a otra cosa sino al interés de los involucrados, la realidad del empleo, las características del servicio y las condiciones generales y particulares que rodearán la actividad humana subordinada.

Sin embargo, ***conviene aclarar que lo propio en cada caso en que deba mutarse la modalidad de contrato que rige en una relación de trabajo corresponde a que cualquiera sea la modificación que deba introducirse, en cualquier vía, no sólo esté lo suficientemente justificada, sino que responda naturalmente a la materialidad del servicio en la práctica. De esta forma, no resulta en modo alguno procedente que ninguna novedad o alteración en la forma cómo se presta un servicio subordinado sí genere un cambio en las reglas del contrato o viceversa.***

Dicho de otra forma: también es una expresión del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades que ***cualquier mutación en la forma como se presta el servicio en una relación de trabajo se vea automáticamente reflejada en el contrato que la rige, así como es del caso que toda modificación contractual se irradie de forma inmediata en la manera como se ejecuta la actividad personal del trabajador.***

En el sub lite, entonces, es claro que la parte demandada no demostró en juicio que el servicio de la actora del cual se benefició durante el período comprendido entre el 27 de diciembre de 1997 y el 31 de diciembre de 1998, estuvo regido bajo las leyes de los trabajadores en misión y, por ende, aquella actividad corrió la suerte de presumirse gobernada por un contrato de trabajo y en tal caso, sometida bajo la regulación del contrato a término indefinido.

Luego, que el 1º de enero de 1999 las partes hubieran concertado la suscripción de un contrato a término fijo por 3 meses, en nada podía desdibujar la relación que para aquel momento ya se había trabado de forma indefinida, menos aun si en la práctica no se registró cambio alguno en la

manera como efectivamente se prestó el servicio, ni siquiera en la continuidad del mismo. En este sentido, aquel acto jurídico supuso una modificación en la modalidad contractual que ya regía la relación de trabajo y no una terminación de un contrato propiamente dicho, como lo dedujo con error el ad quem.

Sobre lo aquí discutido ya esta Corporación en providencias previas dejó claro que las modificaciones contractuales que restan estabilidad a la relación de trabajo, si bien no son ilegítimas o ilegales, sí pueden resultar ineficaces cuando tienen el efecto –perseguido o no-, de recortar los derechos de los trabajadores, por ejemplo, la estabilidad en el empleo (CSJ SL2730-2019; CSJ SL814-2018; CSJ SL15986-2014, CSJ SL806-2013, CSJ SL, 15 marzo 2011, radicación 37435 y CSJ SL, 1 diciembre 2009, radicación 35902).

En efecto, en la providencia CSJ SL814-2018, la Corte consideró:

El documento obrante a folios 70 a 72 muestra que el 4 de septiembre de 1978 las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, para que el actor desarrollara las labores de ingeniero civil. Esta información no fue desconocida por el juzgador de segundo grado, que partió de la base de que las partes habían estado vinculadas, inicialmente, bajo esa modalidad contractual.

Por otra parte, a partir del documento obrante a folios 26 y 73, puede verse que las partes, el 2 de septiembre de 1988, suscribieron un nuevo contrato de trabajo, pero, esta vez, definieron que «...el término de duración... es el de un (1) año, contado a partir del 4 de septiembre de 1988 y su vencimiento o prórroga se determina según lo estipulado en el numeral 3º del Artículo 4º del Decreto 2351 de 1965.» El referido documento, objetiva y fielmente analizado, evidencia efectivamente que las propias partes variaron la modalidad contractual, como lo tuvo presente el Tribunal.

Lo anterior daría pie a concluir sin mayores discusiones que el Tribunal no incurrió en los errores de hecho que le achaca la censura, pues, formalmente, las partes sí suscribieron dos contratos de trabajo de modalidades diferentes.

Sin embargo, para la Corte, a la censura le asiste razón al poner de presente que el Tribunal pasó por alto ciertas particularidades

relevantes de la vinculación, que se derivaban del análisis completo de las anteriores pruebas, tales como que el nuevo contrato de trabajo a término fijo no tuvo alguna causa o justificación determinada y que, además, nunca hubo solución de continuidad en la prestación de los servicios, al punto que en el texto mismo del documento se dejó sentado que «...EL TRABAJADOR inició sus servicios en la Empresa el día Cuatro (4) de Septiembre de Mil Novecientos Setenta y Ocho (1978)...», de manera tal que, ni en términos formales ni reales, se produjo una terminación del contrato de trabajo inicialmente pactado. En ese sentido, en el expediente no obra alguna comunicación de alguna de las partes que contuviera esa intención de dar por finalizado el vínculo primigenio o alguna otra fórmula que lo diera por terminado, ni la liquidación de las acreencias laborales pendientes para esa fecha.

Tampoco advirtió el Tribunal que en este nuevo contrato las labores concertadas fueron las mismas, las de ingeniero civil, en las mismas condiciones laborales subordinadas, de manera que, como lo aduce la censura, en el plano de la realidad, resultaba diáfano que el trabajador le prestó sus servicios a la demandada de manera continua e ininterrumpida, con las mismas condiciones laborales, pues no se verificó alguna variación real del objeto del contrato de trabajo inicialmente pactado.

[...]

Ahora bien, es cierto que el análisis desprevenido del contrato de trabajo obrante a folios 26 y 73 permitía inferir que las partes adoptaron libremente una modalidad de vinculación regida por un plazo, pero también lo es que el Tribunal no fue muy prolijo a la hora de determinar si esas convenciones formales se correspondían con las condiciones reales de la vinculación del trabajador. La Corte llama la atención en lo anterior, porque, a lo largo de su jurisprudencia, ha sido especialmente insistente en advertir que, ante supuestos de suscripción de varios contratos de trabajo, como aquí acontece, los jueces deben ser muy cautelosos en el examen de las pruebas y especialmente esmerados a la hora de verificar una posible unidad contractual, real y material, «...ya que es bien conocido que, algunos empleadores han adoptado estas prácticas con el ánimo de restar

antigüedad en el servicio del trabajador, bien para favorecerse en la liquidación de la cesantía o bien para beneficiarse al momento de ejercer la potestad de dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo. (CSJ SL15986-2014, CSJ SL806-2013, CSJ SL, 15 mar. 2011, rad. 37435 y CSJ SL, 1 dic. 2009, rad. 35902, entre otras).

En ese sentido, es verdad que el Tribunal no valoró en forma adecuada los contratos de trabajo suscritos entre las partes, ni la liquidación de prestaciones sociales, pues de allí se evidenciaba que, en la materialidad, el actor siempre estuvo vinculado con la demandada de manera continua e ininterrumpida, sin solución de continuidad, además de que siempre desarrolló las mismas labores y tuvo las mismas condiciones laborales, de manera que estuvo regido por una sola relación y nunca medió alguna causa válida para que se detuviera esa forma contractual, para dar inicio a otra”. (Negritas fuera de texto).

De acuerdo con el criterio jurisprudencial, esta sala evidencia que la parte demandante suscribió los siguientes contratos de trabajo bajo las siguientes condiciones y modificaciones:

Empleador	Modalidad	Inicio	Final	Cargo	Salario	Folio
DEAS LTD	Término fijo	01/04/2003	31/03/2004	A. Oficina	332.000	212-213
DEAS LTD	Termino fijo	01/04/2004	31/12/2004	Recepcionista	460.000	219-221
DEAS LTD	Termino fijo	01/01/2005	31/12/2005	Recepcionista	507.500	223-224
DEAS LTD	Termino fijo	01/01/2006	31/12/2006	Recepcionista-Asistente de R. Humanos	552.300	226-227
DEAS LTDA	Termino fijo	01/09/2007	30/06/2007	Asistente R. Humanos	622.000	230-231
DEAS LTDA	Termino fijo	01/07/2007	31/12/2007	Asistente R. Humanos	622.000	233-234
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2008	31/12/2008	Asistente R. Humanos	670.000	236-237
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2009	31/12/2009	Asistente R. Humanos	840.700	239-240
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2010	31/12/2010	Asistente R. Humanos	928.500	242-243
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2011	31/12/2011	Asistente R. Humanos (Coordinador recursos humanos a	966.400	244-248

				partir 11/04/2011)		
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2012	31/12/2012	Coordinadora R. Humanos	1.428.000	249- 252
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2013	31/12/2013	Coordinadora R. Humanos	1.486.000	254- 256
DEAS LTDA	Termino fijo	01/01/2014	31/12/2014	Coordinadora R. Humanos	1.553.000	258- 260
DEAS LTD	Termino fijo	01/01/2015	31/12/2015	Coordinadora R. Humanos	1.625.000	279- 281
DEAS LTD	Termino fijo	01/01/2016	31/12/2016	Coordinadora R. Humanos	1.739.000	283- 285
VIGILANCIA ACOSTA LTDA	Termino fijo	01/01/2017	04/09/2017	Directora Gestión Humana	1.860.730	440

Ahora bien, observa la sala que si bien la demandante, entre el 1.º de abril de 2003 al 31 de diciembre de 2016, suscribió 15 contratos de trabajo a término fijo y que en cada uno de ellos varió el salario devengado y en algunas ocasiones el cargo, lo cierto es que esa simple circunstancia en el presente caso, no permite imprimir el efecto que persiguen los apelantes, por cuanto, inicialmente se resalta que la prestación del servicio desde el 1.º de abril de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2016, se hizo de forma ininterrumpida.

Adicionalmente, entre el 1.º de abril de 2004 hasta el 31 de agosto de 2006, la actora ocupó el cargo de recepcionista, fecha esta última en que decidieron cambiar mediante un acuerdo escrito el cargo a asistente de recursos humanos (fl.227), cargo en el que se mantuvo hasta el 11 de abril de 2011, pues a partir de ahí, ocupó el de coordinador de recursos humanos (fl.247), a través de un nuevo otro sí, cargo este último que ocupó hasta el 31 de diciembre de 2016; circunstancias estas que permiten colegir que en la realidad, se configuró un contrato de trabajo a término fijo entre la demandante y la sociedad DEAS LTDA, desde el 1.º de abril de 2003 hasta 31 de diciembre de 2016, puesto que a pesar que hubo modificaciones del cargo y del salario, ello no afectaba la unidad contractual, máxime cuando del documento denominado “*adición al contrato individual de trabajo a término fijo*” (fl. 262), las partes tenían pleno conocimiento

que desde el 1.º de abril de 2003 existía un vínculo laboral vigente, al consignar lo siguiente: “1 entre el EMPLEADOR y el TRABAJADOR, existe un vínculo laboral desde el día 01 de abril de 2003 actualmente se encuentra con un contrato laboral a término fijo de un año el día 01 de enero de 2014”, por tanto no le asiste razón a los recurrentes cuando manifiestan que cada contrato tenía una vida jurídica propia e independiente.

Por otro lado, advierte la sala, que al no configurarse la unidad de empresa como quedó expuesto, encuentra que la demandante tuvo dos vinculaciones laborales: la primera con la empresa DEAD LTDA a través de un contrato a término fijo desde el 1.º de abril de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2016, y una segunda vinculación con la sociedad VIGILANCIA ACOSTA LTDA, a través de un contrato a término fijo desde el 1.º de enero de 2017 hasta el 4 de septiembre de 2017, y así deberá declararse en la parte resolutive de esta sentencia.

Ahora bien, en lo atinente a la terminación con justa causa por parte de la demandante, declarada por el A quo, se observa que se le imprimió credibilidad a la testigo, Yulieth García Bustos, cuando manifestó que había recibido la orden de la empleadora de efectuar descuentos del salario a la trabajadora demandante con ocasión a una condena que le fue impuesta por un error de la empresa y alguien debía pagar por él. Sobre ese aspecto, es importante destacar que le asiste razón a las enjuiciadas cuando repararon en la ausencia de descuentos sobre la nómina de la empleadora DEAS LTDA en los meses de agosto, septiembre y octubre de 2016, puesto que la testigo no sabe cuál era la cifra de dinero a descontar, y mucho menos, supo dar claridad de la persona que emitió esa orden, amén que no hay prueba alguna en que la empresa DEAS LTDA haya sido condenada y adicionalmente, para la data de terminación de la relación laboral con VIGILANCIA ACOSTA LTDA, la actora no se encontraba vinculada

en DEAS LTDA, por lo que no es posible dar credibilidad al testimonio, y mucho menos, colegir a partir de esa declaración, que el crédito obrante en el expediente (fl.462), resultaba ser una fachada para dar por conocido ese motivo a la terminación del vínculo.

Muy a pesar de lo anterior, resulta imposible revocar la condena por despido con justa causa presentada por la actora, por cuanto se logró acreditar un segundo motivo alegado en la carta, esto es, malos tratos, toda vez que el testigo Rafael Santiago Torres Beltrán, quien laboró desde el 10 de julio de 2017 hasta septiembre de 2017, para VIGILANCIA ACOSTA LTDA, cómo director de investigaciones, en la misma oficina que la actora, presenció de manera reiterada que esta recibía malos tratamientos de la señora Diana Cifuentes, quien tenía la calidad de superior inmediato de ella, manifestó que le constaba, porque presenció en carne propia cuando la trataba de bruta e inepta y que diariamente se reunían con la señora Diana Cifuentes que era la jefe; testigo este, que no fue tachado de sospechoso y sobre el cual no hubo prueba que desvirtuara sus dichos, máxime cuando se trató de una persona que tuvo percepción directa de los hechos.

Por lo tanto, las mentadas agresiones suponen una degradación a la dignidad de la persona, máxime cuando se trata de una empleada que como se acreditó en este proceso, ha venido desde el 1.º de abril de 2003 hasta el 4 de septiembre de 2017, ascendiendo en forma positiva cargos en la misma área de recursos humanos, es decir, de pasar de auxiliar de oficina a ser directora de gestión humana, indistintamente de la empresa donde haya laborado, por lo que no es posible absolver por este concepto a la sociedad VIGILANCIA ACOSTA LTDA, aclarándose que no es procedente esta condena para DEAS LTDA, habida cuenta que no existe unidad de empresa.

Para el cálculo de la indemnización por despido injusto se tendrá en cuenta el salario pactado en el contrato de trabajo (fl. 440), esto es, la suma de \$1.860.730 pesos, y el tiempo que le faltaba para culminar dicho contrato, es decir, el 31 de diciembre de 2017, para una suma total de \$7.194.822 pesos, suma esta que deberá ser indexada al momento de su pago.

En cuanto a la sanción relativa al pago “*doble*” de cesantías (pago por la no consignación de las cesantías), se considera que, al resultar probado un contrato de trabajo a término fijo desde el 1.º de abril de 2003 al 31 de diciembre de 2016, no es procedente revocar la condena impuesta, sin embargo, se modificará en el sentido que esta condena solo estará a cargo de DEAS LTDA.

En lo que atañe a la sanción moratoria del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, considera esta corporación judicial, que esta sanción por tener su origen en el incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, gozan de una naturaleza eminentemente sancionatoria y como tal, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador.

Ha Señalado la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia SL 1451/18, que: “*La sanción moratoria opera cuando el empleador no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta, no es de aplicación automática; en cada caso es necesario estudiar si su comportamiento estuvo o no asistido de buena fe ya que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen*”; asimismo, en providencia SL8216/16 “*La Corte en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que la sanción moratoria no es automática. Para su aplicación el juez debe constatar si el demandado suministró elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe*”.

Con relación a la valoración que debe efectuar el juzgador para efectos de determinar si hay lugar a conceder la indemnización moratoria, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ, en sentencia SL11436/16, reiteró: *“En cuanto a la manera como los juzgadores deben apreciar la conducta del empleador, de cara a la imposición de la sanción por mora y a la inexistencia de parámetros o reglas absolutos, esta Corporación en sentencia de la CSJ SL ,13 abr. 2005, rad. 24397, explicó: ... deben los jueces valorar ante todo la conducta asumida por el empleador que no satisface a la extinción del vínculo laboral las obligaciones a su cargo, valoración que debe hacerse desde luego con los medios probatorios específicos del proceso que se examina...”*, como lo dejó sentado en la sentencia del 15 de julio de 1994, radicación 6658. *“Así, pues, en materia de la indemnización moratoria no hay reglas absolutas que fatal u objetivamente determinen cuando un empleador es de buena o de mala fe. Sólo el análisis particular de cada caso en concreto y sobre las pruebas allegadas en forma regular y oportuna, podrá esclarecer lo uno o lo otro. En ese sentido se pronunció igualmente la Corporación en providencia del 30 de mayo de 1994, con radicación 6666, en la cual dejó consignado que: ‘Los jueces laborales deben entonces valorar en cada caso, sin esquemas preestablecidos, la conducta del empleador renuente al pago de los salarios y prestaciones debidos a la terminación del vínculo laboral, para deducir si existen motivos serios y atendibles que lo exoneren de la sanción moratoria’”*.

En el caso materia de análisis, el juzgado de primera instancia dio por probado que se habían efectuado descuentos ilegales a la demandada motivados en un crédito de fachada y que, de ahí, se encontraba la probanza de un actuar de mala fe.

Pese a lo precedido, observa la sala que no debió condenarse por este concepto, habida cuenta que no se evidenció ningún tipo de reparo por concepto de salario o prestaciones legales, es decir, no existe factor objetivo, nótese que la sanción moratoria fue aplicada sobre la base de una suma de dinero equivalente a \$583.443 pesos, valor este que no fue objeto de condena, lo que llevaría a concluir la improcedencia de la misma, y si en gracia de discusión se admitiera

algún tipo de condena por ese valor, lo cierto es, que no se demostró que el crédito solicitado por la demandante haya sido una fachada, y mucho menos, que se haya efectuado un descuento ilegal del salario, tanto por la sociedad DEAS LTDA, como por la sociedad VIGILANCIA ACOSTA LTDA, por lo tanto, habrá lugar a revocar la sentencia sobre este punto.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en numeral primero de la sentencia proferida el 04 de febrero de 2021 por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar, declarar que no hubo unidad de empresa de las aquí demandadas DEAS LTDA. Y VIGILANCIA ACOSTA LTDA.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral segundo de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C, y en su lugar, disponer DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la demandante y DEAS LTDA, desde el 1.º de abril de 2003 hasta el 31 de diciembre de 2016, y DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la demandante y VIGILANCIA ACOSTA LTDA, desde el 1.º de enero de 2017, hasta el 4 de septiembre de 2017, de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE, el numeral tercero de la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C, en el sentido de **ABSOLVER** a las demandadas DEAS LTDA. Y VIGILANCIA ACOSTA LTDA., por concepto de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. Así mismo, **MODIFICAR PARCIALMENTE**, el numeral tercero, y en su lugar, disponer **CONDENAR** a las demandadas de la siguiente manera:

- **DEAS LTDA**

1. En la suma de \$5.007.760 pesos por concepto de sanción de que trata el artículo 254 del Código Sustantivo del Trabajo, que deberá ser indexada al momento de su pago.

- **VIGILANCIA ACOSTA LTDA**

1. En el valor de \$7.194.822 pesos, por concepto de indemnización por despido injusto, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

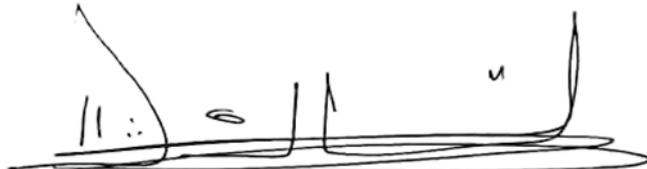
CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás, la sentencia proferida el 4 de febrero de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de acuerdo con lo considerado en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

SEXTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendándose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Segunda de Decisión Laboral

DAVID A. J CORREA STEER

Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por **MARTHA ALICIA TAVERA GÓMEZ** contra **LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.**

EXP. 11001 31 05 035 2020 00382 01.

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil veintiuno (2021).

En la fecha señalada, y en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 15 del Decreto n.º 806 de 2020, se reunió la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., integrada por los Magistrados ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO, MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA y DAVID A. J. CORREA STEER, quien actúa como ponente, con la finalidad de resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas y surtir el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, respecto de la sentencia proferida el 12 de julio de

2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., y dictar la siguiente,

SENTENCIA

I. ANTECEDENTES

Pretendió la demandante, que se declare la nulidad de los traslados efectuados a Porvenir S.A, el 11 de diciembre de 1998, por existir un engaño y asalto en su buena fe, debido a la falta de asesoría profesional, clara y precisa; en consecuencia, COLPENSIONES debe recibirla, activarla y afiliarla en el régimen de prima media con prestación definida, como si nunca se hubiere trasladado, y se condene a COLFONDOS y a PROTECCIÓN, trasladar a COLPENSIONES, todos los aportes, rentabilidad obtenida, intereses, junto con la indexación de todas esas sumas (Archivo 1 Pág. n.º 6-8).

Como fundamento relevante de sus pretensiones, expuso que nació el 27 de julio de 1959; realizó aportes en I.S.S., entre el 5 de octubre de 1985 y el 11 de diciembre de 1998, que el 11 de diciembre de 1998 se trasladó a PORVENIR S.A., el cual se hizo efectivo a partir de este momento, tiempo en el que recibió los extractos en donde le mostraban información acerca de la rentabilidad de sus aportes.

También adujo, que recibió extractos en donde se informaba la rentabilidad individual, el movimiento de las cuentas, los informes de inversiones, pero nunca se le hizo una proyección de su mesada pensional a futuro, ni se le asesoró acerca de cómo mejorarla; que recibió publicidad engañosa en el que se indicaba que la pensión en

los fondos privados se le podía dejar a quien quisiera, mientras que en el régimen de prima media no, y que la rentabilidad en el fondo es individual, mientras que en el otro régimen es compartida, no obstante, nunca le explicaron esos aspectos a través del tiempo, ni tampoco que podía devolverse faltándole 10 años para cumplir la edad. Afirmó además, que el 16 de diciembre de 2019, intentó trasladarse de régimen, pero la solicitud fue negada (Archivo 1. Pág. n.º 6).

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demanda se admitió el 2 de diciembre de 2020, ordenándose su notificación y traslado a las demandadas (Archivo 8 Pág. n.º 1-2).

PORVENIR S.A., contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones de mérito las de prescripción, buena fe, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación y excepción genérica (Archivo 13 Pág. n.º 30).

COLPENSIONES, contestó con oposición a todas y cada una de las pretensiones; en su defensa, propuso como excepciones las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, 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 la innominada o genérica (Archivo 15 Pág. n.º 36-39).

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, guardó silencio (Archivo 21 Pág. n.º 1-2).

III. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en sentencia del 12 de julio de 2021, declaró ineficaz la afiliación o traslado efectuados por la demandante el 11 de diciembre de 1998, ante PORVENIR S.A.; en consecuencia, ordenó a dicha A.F.P. trasladar las sumas que obren en la cuenta de ahorro individual de la demandante al R.P.M.P.D. administrado por COLPENSIONES, quién deberá reactivar la afiliación de la demandante, recibir los aportes y acreditarlos como semanas efectivamente cotizadas en el régimen que administra como si nunca se hubiera traslado al R.A.I.S.; declaró condenar a A.F.P. PORVENIR S.A. a pagar con su propio patrimonio la disminución en el capital de financiación de la pensión de la actora por los gastos de administración; condenó a COLPENSIONES a volver a afiliar a la demandante al régimen de prima media con prestación definida, condenó en costas a A.F.P. PORVENIR, y en caso no ser apelada la presente decisión, se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES (Archivo 38 Pág. n.º 1-3).

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., sostuvo que no se incurrió en una prohibición legal que impidiera el traslado de régimen a la demandante, por ende, se trató de un acto voluntario y libre,

máxime cuando no tenía ningún derecho adquirido, ni era beneficiaria del régimen de transición; no se puede perder de vista que la voluntad de permanencia en el R.A.I.S. se reafirmó con el gran número de semanas que cotizó con posterioridad al traslado, que un error de derecho no vicia el consentimiento y que el demandante fue negligente acerca de averiguar por su futuro pensional, ya que admitió que nunca investigó al respecto; en todo caso, tuvo la oportunidad de retractarse al tenor de lo dispuesto en el Decreto 3800 de 2003 y la Circular 01 de 2004 de la Superintendencia Financiera, como fue publicado en medios de comunicación de amplia circulación nacional, y no lo hizo, por ultimo alego que se revoque la sentencia parcialmente en aras de los gastos de administración de la evolución de retazos dineros y la condena en costas.

COLPENSIONES, apeló con el argumento de que no resulta viable declarar la nulidad del traslado al R.A.I.S., con base en un presunto vicio en el consentimiento, teniendo en cuenta el tiempo transcurrido desde que se efectuó dicho traslado y que no se acreditó que la información otorgada para tal efecto, hubiera sido equivocada o falaz; alegó, que también afectan el patrimonio de dicha entidad, por lo que se debe valorar lo manifestado por los testigos y la demandante en su interrogatorio de parte, con lo que se evidencia que las asesorías brindadas por cada fondo, estuvieron acorde con las características propias del R.A.I.S., sin que ello se pueda considerar ventajoso o no. Agregó, que debe ser exonerada de la condena impuesta para efectos de reconocer la pensión de vejez, toda vez que se trata de una petición antes de tiempo, dado que la decisión que declaró la nulidad del traslado no está en firme, por ende, la entidad no cuenta con el capital correspondiente para financiar la prestación.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Sea oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, atendiendo la nueva conformación de la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia, procedió a apartarse del criterio que venía exponiendo en precedencia, en aquellos asuntos referentes a la nulidad o ineficacia del traslado entre regímenes pensionales.

Lo anterior, atendiendo lo expuesto en las sentencias de tutela n.º CSJ STL, 13 de may. 2020 rad. 59412 y CSJ STL3716-2020, así como también, a la postura del Honorable Magistrado, Doctor Omar Ángel Mejía Amador, en la sentencia CSJ STL8125-2020, y a los trámites incidentales promovidos dentro de ellas, en virtud de los cuales he venido acatando la orden allí impartida, y emito las decisiones que amparan las pretensiones en materia de traslado de régimen pensional de los demandantes con fundamento en las actuaciones mencionadas.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en los artículos 66A y 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala tendrá como problema jurídico, el verificar la procedencia de declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional de la aquí demandante, por falta de información suficiente por parte de las administradoras demandadas. Así como también, si hay lugar o no, a la devolución de los rendimientos y gastos de administración a

COLPENSIONES; y si hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES.

Se encuentra acreditado dentro del plenario que: **i)** la demandante nació el 27 de julio de 1959 (Archivo 2 Pág. n.º 1). **ii)** cotizó al extinto Instituto de Seguros Sociales entre el 5 de octubre de 1985 y el 11 de diciembre de 1998, 665 semanas (Archivo 2 Pág n.º 9); **iii)** que el 11 de diciembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la A.F.P. PROTECCIÓN S.A., con fecha de efectividad desde esa fecha (Archivo 2 Pág. n.º 23), y que luego de varias transferencias entre administradoras del régimen de ahorro individual con solidaridad, actualmente se encuentra vinculada a PORVENIR S.A., con un total de 1.110 semanas cotizadas, según lo informado por dicha A.F.P. en la historia laboral que reposa (Archivo 2 Pág. N.º 8-13) y la certificación de (Archivo 2 Pág. n.º 23-24).

El traslado de régimen por vinculación a una A.F.P., es un acto jurídico que requiere para su eficacia y validez, del consentimiento exento de vicios, objeto y causa lícita, así como el cabal cumplimiento de la forma solemne en los actos o contratos que así lo exijan.

El artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal b) estableció que la selección de uno cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones, será libre y voluntaria por parte del afiliado, quien para tal efecto manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación o del traslado.

Dispuso el artículo 271 de la Ley 100 ibídem, que si cualquier persona natural o jurídica impide o atenta en cualquier forma

contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

El inciso 1.º del artículo 114 de la Ley 100 de 1993, impuso como exigencia a los trabajadores y servidores públicos, que por primera vez se trasladaran del régimen de prima media con prestación definida, al régimen de ahorro individual con solidaridad, que deberían entregar una comunicación escrita, donde constara que la selección había sido libre, espontánea y sin presiones, y el inciso 7.º del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, permitió que la citada manifestación estuviera ‘preimpresa’ en el formulario de vinculación, de que la decisión que está tomando el afiliado es libre, espontánea y sin presiones, norma esta, que se encuentra en plena vigencia y no ha sido materia de derogatoria alguna.

Así las cosas, es menester precisar que, de antaño, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha indicado que las Administradoras de fondos de pensiones ostentan una responsabilidad de carácter profesional. Al respecto, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008 rad. 31989 reiterada en la CSJ SL, 6 dic. 2011 rad. 31314, dijo:

“Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994,

cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

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.

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.”

Ahora bien, frente a la obligación de brindar información, en sentencia CSJ SL1688-2019, la mentada Corporación expuso:

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

Y en lo que respecta a la carga de la prueba, adujo:

“(…) es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez.

Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

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

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

obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento.”

En esta providencia, también se dijo:

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

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

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

Estos criterios, fueron expuestos en la mentada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, M.P. Doctor Omar Ángel Mejía Amador, la cual, como en precedencia se dijo, llevó a cambiar el criterio que venía sosteniendo el suscrito frente al tema de las nulidades e ineficacias de traslado de régimen pensional.

En dicha acción constitucional, se adujo:

“En este fallo (CSJ SL4426-2019), la Sala precisó que, tratándose de procesos de ineficacia de traslado de régimen pensional, es a la administradora de fondos a la que incumbe demostrar que ha cumplido con sus afiliados el deber de información antes aludido, el cual comprende una descripción de las características de cada uno de los regímenes pensionales en un lenguaje comprensible y de fácil acceso para el afiliado.”

Así las cosas, conforme la jurisprudencia en cita, al alegarse la nulidad y/o ineficacia del traslado de régimen pensional, la carga de la prueba de acreditar el cumplimiento del deber de información

corresponde al fondo de pensiones, sin que haga alguna diferencia si la afiliada era o no beneficiaria del régimen de transición, o tenía una expectativa pensional, ya que esto resulta inane para la aplicación del precedente precitado.

En el caso que hoy ocupa la atención de esta Sala, la demandante, el 11 de diciembre de 1998, se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. (Archivo 2 Pág. n.º 23-24), y, después de varios traslados entre administradoras del R.A.I.S., se encuentra actualmente afiliado a PORVENIR S.A., conforme los formularios de afiliación y traslado allegados al proceso, visibles a folios (Archivo 2 Pág. n.º 8-13 y 23-24), los cuales, si bien refieren que la decisión se adoptó libre y voluntariamente, esa sola afirmación, no acredita que en efecto se le haya suministrado la información oportuna y veraz, en los términos dispuestos por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Frente al particular, la pluricitada CSJ SL1688-2019, expuso:

“(...) la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignada en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como “la afiliación se hace libre y voluntaria”, “se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones” u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo acreditan un consentimiento, pero no informado.”

Y en la acción de tutela, arriba citada, la cual llevó a cambiar el criterio de este Magistrado Sustanciador, se dijo:

“La Sala de Casación Laboral de esta Corte ha establecido que de la simple suscripción del formulario de afiliación no puede deducirse el cumplimiento del deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, de conformidad con lo previsto en el artículo 97 del Decreto 633 de 1993, contenido del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero. Precisamente, en la sentencia CSJ SL4426-2019, expresó:

De otra, porque la simple firma del formulario al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos, son insuficientes

*para dar por demostrado el deber de información. Esos formalismos, a lo sumo, acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado. (...)*¹

Ahora bien, en lo que respecta a la falta de vicios en el consentimiento en el negocio celebrado entre la actora y el fondo de pensiones, es menester precisar que:

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

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

(...) Es claro entonces que la referencia de la AFP accionada a que el demandante no demostró vicios de error, fuerza o dolo es inaplicable, al igual que su alegación de saneamiento del acto, puesto que, a diferencia de algunas nulidades que pueden ser depuradas por el paso del tiempo o la ratificación de la parte interesada, la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear aquello que nunca produjo efectos.”²

Posición esta, que fue replicada en la pluricitada sentencia de tutela CSJ STL8125-2020, con lo que no es posible aplicar dicho argumento, así como tampoco aquel referente a la ratificación del acto por traslado entre administradoras de fondos de pensiones.

Por lo antes expuesto, al no acreditarse por parte de las A.F.P. accionadas que hubiesen suministrado información completa y comprensible en el ofrecimiento de sus productos al momento de la celebración de su acto, la sanción jurídica a ese incumplimiento, es

¹ CSJ STL8125-2020.

² CSJ SL1688-2019, SL, 8 may. 2019 rad. 68838.

la ineficacia o la exclusión de todo efecto jurídico del acto de traslado.

Ahora bien, en grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración, debe anotarse, frente a la devolución de todos los saldos existentes en la cuenta individual del actor, entre ellos, cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, debe decirse, que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia CSJ SL1421-2019, señaló:

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

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

Así mismo, en sentencia CSJ SL638-2020, indicó:

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

Por ello, al tenerse como nunca realizado el traslado, debe la demandada PORVENIR S.A. devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, entre ellos,

cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, rendimientos financieros, frutos e intereses, y gastos de administración y todas aquellas sumas depositados en la cuenta de ahorro individual de la demandante, pues dichos valores pertenecen al Sistema General de Seguridad Social. En estos términos se **adicionar**á la sentencia de primera instancia.

Respecto de la excepción de prescripción, la mentada Colegiatura ha dicho que la acción de ineficacia de traslado pensión es imprescriptible, “(...) *pues, recuérdese, «la exigibilidad judicial de la seguridad social y, en específico, del derecho a la pensión, que se desprende de su carácter de derecho inalienable, implica no solo la posibilidad de ser justiciado en todo tiempo, sino también el derecho a obtener su entera satisfacción»*”³, por lo que resulta acertada la decisión del juzgador de primera instancia.

Por todo lo anteriormente expuesto, las anteriores consideraciones a juicio de la Sala resultan suficientes para declarar la **INEFICACIA DEL TRASLADO** que realizó la demandante el 11 de diciembre de 1998, cuando se trasladó del régimen de prima media con prestación definida, administrado por COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., conforme al formulario de afiliación y traslado allegado al proceso (Archivo 2 Pág. n.º 23-24), PORVENIR S.A., administradora a la cual se encuentra actualmente afiliada, deberá trasladar a la primera de las entidades mencionadas todos los aportes, junto con los rendimientos financieros y gastos de administración que posea la demandante en su cuenta.

Para resolver lo concerniente a las costas procesales, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del Código General

³ CSJ SL1688-2019.

del Proceso, numeral 1.º del Código General del Proceso, aplicable al procedimiento laboral por remisión del artículo 145 del C.P.T y S.S. dispone que debe condenarse en costas a la parte vencida en juicio, o a quien se le resuelvan desfavorablemente los recursos de apelación, casación o revisión que haya interpuesto.

Ahora bien, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor, el derecho a que le sean reintegrados los gastos procesales.

Por su parte, el artículo 366 numeral 4.º *ibídem*, dispone que: *«para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquéllas establecen solamente un mínimo, o éste y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas».*

A su turno, la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura expidió el Acuerdo n.º 10554 de 2016, en los que se fijan los parámetros para la fijación de las agencias en derecho en los procesos declarativos y ejecutivos.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala que, atendiendo el marco normativo citado y en consideración a que en este proceso la parte demandada fue vencida en juicio, las costas deben correr a cargo de este extremo procesal. En consecuencia, se **CONFIRMARÁ y ADICIONARÁ** la sentencia de primera instancia en estos puntos de controversia.

Ahora bien, no es posible pasar por alto la condena a reconocer la pensión de vejez del demandante, lo cual no pertenece respecto de la cuantificación al área de los cálculos del juez laboral, ni respecto del establecimiento de las condiciones fácticas de reconocimiento. Esto, por cuanto aún no se ha hecho la debida reclamación administrativa conforme al reconocimiento como afiliado del cual disfruta el demandante, ya que, si bien se le reconoce como afiliado desde 1988, no se le reconoce para los efectos de la solicitud de pensión, la cual no puede considerarse realizada hasta al menos el efecto de este reconocimiento. Para ello, deberá el demandante hacer envío de la respectiva solicitud a COLPENSIONES, conforme a los medios y trámites correspondientes para tal efecto, y esta entidad definirá el monto de su pensión de acuerdo al monto y registro de lo que le sea trasladado por la A.F.P. PORVENIR S.A., la cual a su vez tendrá que cuantificar su pago según la condena que hizo la juez *a quo*. Y sólo obtendrá el pago de su pensión con retroactivo a considerar a partir de la radicación de su solicitud, y en la medida en que, según lo prescriban los cauces legales, lo establezca la autoridad pertinente. Por todo esto, en este aspecto de la parte resolutive, y en el relativo a la autorización de descuento para el pago de cuotas de E.P.S. consecuente al mismo, esta sentencia procederá a **REVOCAR PARCIALMENTE** la decisión del juez de primer grado, sobre este punto de controversia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Segunda de Decisión Laboral del **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE, la sentencia proferida el 12 de julio de 2021, proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de absolver a COLPENSIONES del reconocimiento de la pensión de vejez a favor de la demandante, junto con sus incrementos legales anuales y mesada adicional anual; y de autorizar el pago a la E.P.S. a la que se encuentre afiliado el demandante de los aportes al Sistema General de Seguridad Social en Salud de la suma del retroactivo de tal pensión, por lo expuesto en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia apelada y consultada, proferida el 12 de julio de 2021, por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., en el sentido de CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales si las hubiere, frutos, rendimientos financieros, gastos de administración e intereses causados, acorde con lo considerado.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia consultada y apelada, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia, ante su no causación.

QUINTO: Esta sentencia deberá ser notificada a través de **EDICTO**, atendiéndose los términos previstos en el artículo 41 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los Magistrados,



DAVID A. J. CORREA STEER



ALEJANDRA MARÍA HENAO PALACIO



MARCELIANO CHÁVEZ ÁVILA

(*) Hipervínculo de consulta de expediente digitalizado:

https://etbsj-my.sharepoint.com/:f/g/personal/des15sltsbta_cendoj_ramajudicial_gov_co/EurpzQpBCfdBnw_-H0Z-LUwBZhB2mOq-wDzjklD5P4BelQ?e=aUMier