



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARIA PAULINA
VINASCO MURILLO contra CORPORACIÓN NUESTRA IPS.**

RADICADO: 11001 3105 002 2018 00193 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la pasiva respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de enero 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que existió un contrato de trabajo a término fijo desde el 05 de enero de 2016 hasta el 30 de diciembre de 2016, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar cesantías, intereses a las cesantías y liquidación laboral por todo el tiempo de la relación laboral, al pago de la indemnización moratoria por no consignación de las cesantías, al pago de intereses moratorios corrientes por no pago de la liquidación laboral, al pago de la indemnización de que trata el art. 65 del C.S.T. por el no pago y remisión de información de aportes parafiscales y aportes al SGSS.

En sustento de sus pretensiones mencionó que suscribió contrato a término fijo con la demandada para laborar desde el 5 de enero de 2016 hasta el 30 de diciembre de 2016, para desempeñar el cargo de trabajadora social y devengando como salario promedio la suma de \$1.703.800, igualmente, señaló que la relación laboral terminó por decisión unilateral del empleador, que a la presentación de la demanda no le habían consignado cesantías de 2016 y que el 27 de diciembre de 2016 la demandada emitió liquidación por valor de \$3.588.594, la cual no se había cancelado.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 5, 22, 23, 25, 37, 37, 43, 186, 307 del C.S.T. y el Decreto 116 de 1975.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Corporación Nuestra IPS, contestó la demanda, como se observa a folios 42-93 del expediente digital, señalando que no se oponía a la declaratoria de la relación laboral, pues entre las partes se había suscrito un contrato a termino fijo inferior a un año, con fecha de ejecución del 05/01/2016 al 02/07/2016, frente a las demás pretensiones manifestó su oposición, por cuanto las prestaciones reclamadas (cesantías – intereses cesantías), hacían parte del del valor total de la liquidación final del contrato de trabajo, señalando además que a la fecha de la contestación de la demanda los valores de la liquidación final se encontraban saldados y si bien se presentaron retrasos en las cancelación de las acreencias del ultimo periodo de 2016, el motivo de los retrasos obedeció a que prestaba servicios de salud a las EPS, devengando ingresos en forma exclusiva de la prestación de tales servicios a EPS como Saludcoop EPS, luego Cafesalud EPS y a Cruz Blanca EPS y dado que en el año 2012, se presentó una crisis de flujo de recursos generada por la intervención Saludcoop EPS, el pago de los servicios empezó a realizarse en forma vencida entre 60 y 90 días y mediante pagos parciales, refiriendo que aunque se presentó como acreedor en el proceso de liquidación de Saludcoop, no se le canceló la totalidad de la deuda, que esta situación de los pagos fuera de términos también se presentó con las otras EPS, de igual forma, señaló que acudió a las entidades financieras para obtener liquidez sin poder obtener apalancamiento, que adelantó todas las acciones para la obtención de recursos, pues presentó demandas contra Cafesalud EPS y Cruz Blanca

EPS y que además de ello, no podía pasarse por alto que se había impuesto una medida cautelar por la Controlaría General de la Republica, por valor de \$8.677.587.464, por lo que no se advertía una actitud malintencionada para perjudicar o menoscabar derechos del trabajador. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Cobro de lo no debido, pago total de la obligación, inaplicación de la sanción: indemnización moratoria contenida en el art. 65 del C.S.T. en función de la ausencia de dolo y mala fe, inaplicación de la sanción: indemnización moratoria por la no consignación de las cesantías contenidas en el artículo 99 de la ley 50 de 1990 en función de la ausencia de dolo y mala fe y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de enero de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** a pagar a la demandante señora **MARÍA PAULA VINASCO MURILLO identificada** con la cédula de ciudadanía No. 1.022.380.989 la suma de \$10.022.018 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, la cual deberá indexarse al momento de su pago.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **CORPORACIÓN NUESTRA IPS** a pagar a la demandante señora **MARÍA PAULA VINASCO MURILLO** identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.022.380.989, la indemnización moratoria prevista en el Art. 65 del C.S.T. la cual se concreta en un día de salario por cada día de retardo, por valor de \$56.943 a partir del 01 de enero de 2017 y hasta el 01 de enero de 2019, para un total de \$40.998.960 y a partir del 02 de enero de 2019 al 30 de diciembre de 2020 intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora **MARÍA PAULA VINASCO MURILLO**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de cobro de lo no debido propuesta por la demandada y se releva del estudio de las demás, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.”

Como fundamento de su decisión argumentó que si bien la demandante aceptó en el interrogatorio que se le notificó la decisión de la terminación del contrato y la causa del mismo, lo cierto era que la demandada no había allegado la comunicación ni la carta de terminación para poder corroborar el término en que se le notificó la decisión a la demandante, siendo que la terminación debía ocurrir conforme lo señalado en el artículo 46 del C.S.T., el cual conforme la jurisprudencia no era natural sino que atendía a la voluntad de las partes, en consecuencia resultaba procedente la indemnización por despido injusto correspondiente a la prórroga del 29 de diciembre de 2016 hasta el 29 de junio de 2017, igualmente, indicó que no resultaba procedente el pago de prestaciones sociales, como quiera que se acreditó el pago de las mismas el 28 de noviembre de 2018, señalando respecto a la indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. que si bien la demandada había argumentado que obtenía sus ingresos de las EPS y dada la crisis e intervención de que las mismas fueron objeto, no cumplieron con las obligaciones contraídas, lo que a su turno afectó el cumplimiento de sus obligaciones laborales, no debía pasarse por alto que la grave liquidez o problemas económicos, eran insuficientes para declarar la buena fe y obtener absolución indemnización moratoria, como quiera que no se acreditó que la situación económica impedía el cumplimiento de las obligaciones laborales existentes.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la pasiva, formuló recurso de apelación formulando reparos frente a dos aspectos, el primero relacionado con la condena indebida por la terminación del contrato correspondiente a la prórroga del mismo, señalando que desde la presentación de la demanda se había tenido conocimiento de la terminación del contrato en los términos legales, al punto que en ninguno de los hechos ni pretensiones se pretendió esa declaratoria o cual también se advertía en el poder conferido, además señaló que se había desconocido que en el interrogatorio de parte la demandante indicó que le había sido notificada la terminación del contrato y el representante legal mencionó que era práctica de la empresa notificar la terminación con posterioridad a la suscripción del contrato, máxime que el artículo 46 del C.S.T. no establecía límite máximo y ante el requerimiento de la documentación como la Superintendencia de Salud reconvocó la licencia de funcionamiento ello imposibilitó el desarrollo de su objeto social y aportar la documental pedida, el segundo reparo, es frente a la condena por la indemnización moratoria, señalando que aunque se citó por el despacho todo el acervó probatorio allegado y lo correspondiente a la liquidación, no se tuvo en cuenta el actuar de su representada, en la medida en que se proyectó la liquidación en diciembre de 2016, es decir, que no se desconoció la obligación, pero la difícil situación económica impidió realizar el pago hasta el 28 de noviembre de 2018, presentándose un desconocimiento de la realidad fáctica como lo era que la demandada era una entidad sin animo de lucro y la fuente de sus recursos era la prestación de servicios de

salud a EPS como Saludcoop, Cafesalud y Medimás, las cuales presentaron afectaciones de orden nacional aspecto que era un hecho notorio, conforme se había señalado en una sentencia del Tribunal Superior de Tunja, en donde se había hecho un análisis a fondo del flujo de recursos del sector salud, lo cual aunado con la medida cautelar existente superior a los \$6.500.000.000, generaba una imposibilidad absoluta de honrar la totalidad de sus obligaciones, resaltando que si bien el art. 28 de C.S.T. establecía que el trabajador no debía sufrir pérdida del empleador, si se debía atender la existencia los hechos irresistibles e imprevisibles presentados que generaban imposibilidad del cumplimiento de obligaciones, debiéndose tener en cuenta que al momento de proferirse el fallo, ya se habían cancelado las acreencias lo que se contraponía a lo señalado en el art. 28 del C.S.T.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar que el contrato que existió entre las partes terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador y si resulta procedente la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año por el periodo comprendido desde el 5 de enero de 2016 hasta el 2 de julio de 2016; ii) que el contrato estuvo vigente hasta el 29

de diciembre de 2016 y iii) que la liquidación final de prestaciones sociales fue pagada a la demandante por la demandada el 28 de noviembre de 2018.

Para resolver lo pertinente, lo primero que se debe señalar es que de conformidad con el artículo 50 del C.P.T y S.S., que contempla las facultades ultra y extra petita, *“El Juez de primera instancia podrá ordenar el pago de salarios, prestaciones o indemnizaciones distintos de los pedidos, cuando los hechos que los originen hayan sido discutidos en el proceso y estén debidamente probados, o condenar al pago de sumas mayores que las demandadas por el mismo concepto, cuando aparezca que éstas son inferiores a las que corresponden al trabajador, de conformidad con la ley, y siempre que no hayan sido pagadas.”*, en esa medida y aunque se advierte que en la demanda no se reclama expresamente la indemnización por despido injusto, si se indicó en los hechos del libelo introductorio, particularmente en el hecho 3°, lo siguiente *“La relación laboral con la empresa demandada cesó por Terminación unilateral del contrato por parte de la CORPORACIÓN NUESTRA IPS el 30 de diciembre de 2016”*, de manera que si se trató de un hecho discutido en el proceso, a tal punto que fue objeto de la fijación del litigio, así como, de un requerimiento del despacho a la demandada, solicitando se allegará la documentación relacionada con la terminación del contrato, razón por la cual no asiste razón al recurrente para señalar que este aspecto no fue objeto de discusión.

Aclarado lo anterior, conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia

SL5262-2021 radicación No. 87057, del 29 de septiembre de 201, al pronunciarse sobre el contrato a término fijo indicó:

“Señala además la Corporación que se trata de una modalidad a través de la cual se contrata al trabajador por un tiempo determinado y estipulado previamente en el contrato el cual, se sujeta a los precisos límites normativos, de modo que, si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado (CSJ SL3535-2015).”

En ese orden de ideas y siendo claro que el pacto de duración a término fijo (escrito), es una formalidad que se exige en esta modalidad contractual, lo cual también se predica respecto del preaviso a efectos de poder determinar que se informó al trabajador que ya no se requerían los servicios del trabajador y si ello ocurrió dentro de los términos contemplados en la norma, ante la ausencia de la misma, se procedió a valorar las pruebas recaudadas advirtiéndose que en el interrogatorio de parte la demandante señaló que el motivo de la terminación del contrato fue la finalización del contrato y que la carta que se le remitió fue de aviso de la terminación del contrato, sin embargo, no fue posible establecer cuando ocurrió tal notificación sin que pueda tenerse en cuenta lo señalado por el representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte rendido respecto a que era una política de la empresa que suscrito el contrato de trabajo a término fijo se notificaba la terminación del mismo, pues debe tenerse presente que de vieja data se ha sostenido por la jurisprudencia que tratándose de esta prueba solo es factible tener en cuenta aquellos hechos que perjudican al declarante o favorezcan a la parte contraria, en esa medida, al no haberse podido determinar en que momento se efectuó el preaviso, la consecuencia es la prórroga automática del

contrato según se desprende del numeral 1° del artículo 46 del C.S.T., y como quiera que el artículo 64 del C.S.T. establece que la indemnización por terminación unilateral del contrato sin justa causa en los contratos a término fijo corresponde al valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado del contrato y dado que bajo esta sintonía fue efectuada la condena por el a quo se procederá a confirmar la decisión.

De otra parte, y en lo que respecta a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., debe indicarse que nuestro máximo órgano de cierre en diversas oportunidades ha señalado que la sanción moratoria no es automática, pues para su aplicación se debe analizar si la conducta desplegada por el demandado estuvo acompañada de buena fe.

Así las cosas y previo a valorar si la conducta estuvo revestida de buena fe o no, lo primero que debe señalarse que la crisis económica per se no justifica las omisiones del empleador ni permiten descartar su mala fe, tal y como se ha señalado entre otras en las sentencias de la C.S.J., S.C.L., SL-1885-2021 del 11 de mayo de 2021 y radicación No. 38189 del 24 de agosto de 2010.

Descendiendo en el análisis, lo primero que debe señalarse es que la demandada refiere que desde el año 2012, se evidenció una crisis del flujo de recursos y que, como consecuencia de la intervención de SaludCoop, se pasó a cancelar los servicios en forma vencida generando afectación

en los recursos, sobre el particular debe señalarse que la suscripción del contrario ocurrió el 29 de diciembre de 2015, aspecto que resulta trascendental, pues de ello se colige que la contratación acaeció dentro de un escenario en el que ya había iniciado un proceso de deterioro en los pagos, aspecto que iría en contravía de lo que un empleador diligente debe hacer para manejar las crisis económicas, pues en estos eventos se debe optar por reestructuraciones a efectos de mantener el personal que efectivamente pudiera soportar, máxime cuando el testigo Gerardo Duarte (contador de la demandada) refirió que durante todo el ejercicio contable y mensual de las nóminas la empresa hacía la liquidación de las novedades de las personas y también el registro del gasto que por prestaciones sociales y vacaciones se generaban, de lo que resulta evidente que se tenía conocimiento claro de las obligaciones labores que debía asumir, pudiendo determinar con anterioridad que obligaciones estaba en capacidad de soportar conforme a los recursos disponibles, por lo que la contratación de la demandante bajo este marco, a sabiendas de la situación de la compañía a juicio de esta sala no deja entrever buena fe, nótese que el artículo 28 del C.S.T. establece que “El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”, lo que apunta a que debe estar preparado para el manejo de crisis económicas y ser diligente en el mismo a efectos de evitar que ello pueda acarrear consecuencias para sus trabajadores.

Aunado a lo anterior, no puede perderse de vista que las documentales restantes que se allegaron al proceso tales como

las cartas de solicitud de pago de cartera efectuadas a Cruz Blanca EPS y Cafesalud EPS (2016-2017), no son suficientes para determinar la imposibilidad de pagar las acreencias laborales, pues se desconocen los estados financieros de la demandada que permitieran colegirlo, aunado a ello, el auto No. 0084 del 2 de octubre de 2017, expedido por la Contraloría General de la Republica (embargo y retención de dineros por \$6.508.190.598), y los procesos ejecutivos iniciados contra cruz blanca EPS datan del mes de noviembre y diciembre de 2017, esto es, pasados más de 9 meses desde que finalizó el vinculo laboral, de manera que no pueden tenerse como justificaciones válidas por el no pago de las acreencias laborales.

Por las razones anteriores, se procederá a confirmar la indemnización moratoria impuesta por el aquo, toda vez, que no se encontraron acreditadas razones atendibles para que el empleador se sustrajera de cumplir con las obligaciones que le asistían a la terminación de la relación laboral, precisando que como en este asunto quedo acreditado que el pago de la liquidación final de prestaciones sociales se realizó el 28 de noviembre de 2018, tal y como se advirtió en el comprobante de transferencia allegado del banco de Bogotá e incluso lo reconoció la demandante en el interrogatorio de parte absuelto, la indemnización moratoria se debió contabilizar hasta esa fecha, como quiera que en la misma se cumplió efectivamente con las obligaciones laborales, razón por la cual se modificará el numeral 2° de la sentencia, bajo el entendido que la indemnización moratoria se causa por valor de \$39.177.013, a razón de un día de salario por cada día de

retardo en el pago hasta la fecha de cumplimiento de la obligación (28/11/2018).

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2021, bajo el entendido que la indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T. asciende a \$39.177.013

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

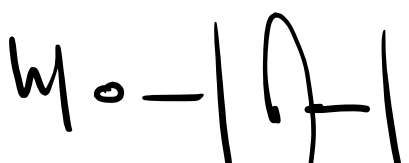
TERCERO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BEATRIZ ELENA LOPEZ SILVA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy
SKANDIA S.A.

RADICADO: 11001 3105 002 2018 00682 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó Old Mutual S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP el traslado de los aportes cotizados en el RAIS a Colpensiones y por consiguiente se ordene a dicha entidad aceptarla como su afiliada sin solución de continuidad desde el 6 febrero de 1986. Sustento sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el 6 de febrero de 1986, que se trasladó a Old Mutual S.A., el 5 de mayo de 1995, sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicado N°31989 y 31314 del 2008, 33083 de 2011, 46292 del 2014 y 55050 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda visible a folios 56 a 70, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante, se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica.

SKANDIA S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 93 al 99 del plenario, donde opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que la vinculación con la AFP constituye un acto válido en la medida en que cumplió con el deber legal de ofrecer asesoría integral y completa a la actora, lo que permite concluir que constituye un acto valido en la medida que la demandante tomo una decisión informada, libre, espontánea y sin presiones. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de julio de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARARLA NULIDAD O INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora BEATRIZ ELENA LOPEZ SILVA identificada con Cedula de Ciudadanía No.32.647.056aOLDMUTUALPENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el 05 de mayo de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior se CONDENARÁ a OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES de todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante BEATRIZ ELENA LOPEZ SILVA identificada con Cedula de Ciudadanía No.32.647.056, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas

adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno, o deterioros sufridos por el bien administrado.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y la afiliación de la demandante BEATRIZ ELENA LOPEZ SILVA identificada con Cedula de Ciudadanía No.32.647.056, en el régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada dentro de las que se incluirá por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a medio salario mínimo mensual legal vigente para cada una.

SEXTO: Si no fuere apelado, CONSÚLTESE con el Superior.

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad a los artículos 13 literal b, 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993, el artículo 3 de la Ley 1328 de 1998 y el Decreto 2241 de 2010, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y en general las normas laborales, las mismas han evolucionado para establecer la obligación del deber de información a cargo de la administradora de fondos de pensiones en tres etapas, de conformidad a lo manifestado por la H. Corte Suprema de Justicia la tercera etapa del deber de información es la asesoría y buen consejo y doble asesoría recoge los presupuestos anteriores, así como también lleva inmersa el derecho a obtener la asesoría de los representantes de ambos regímenes pensionales, se ha precisado que en el campo de la seguridad social existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado que garantice que un usuario antes de aceptar un ofrecimiento o servicio, comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen, luego el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado dicho deber.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que en virtud de las pruebas aportadas en el proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS, al suscribir de manera, voluntaria y consiente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Old Mutual, Por otro lado señaló que en el presente caso no resulta procedente su traslado, toda vez que la solicitud que realizó la actora a

Colpensiones el 6 julio de 2018, la misma contaba con 57 años de edad, cumpliendo la edad requerida para adquirir el estatus de pensionada y dado que no cuenta con 15 años de cotizaciones para el 1 de abril de 1994, resalto el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, que establece que mediante la libre escogencia de régimen en materia pensional el afiliado está aceptando directamente todas las condiciones que se encuentran inmersas en el, señaló que en el año 1995 fecha en que se trasladó la actora la condición previa de brindar asesoría no estaba establecida dentro del ordenamiento jurídico vigente y por lo tanto procedería únicamente para aquellos traslados entre regímenes que se efectuaran a partir del año 2014. En consecuencia solicitó se revoque en su totalidad la sentencia de primera instancia y se absuelva a la Entidad de todas y cada una de la pretensiones incoadas en la demanda.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 31 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Pensionar S.A., hoy Skandia S.A., el 5 de mayo de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1995, por parte de unos asesores del fondo privado de forma general le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y podría perder sus cotizaciones o la pensión que iba recibir sería mucho menor, en consecuencia la mejor opción era trasladarse al RAIS y por tal información firmo y autorizó su traslado.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 7 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR BLANCA PATRICIA DIAZ MAYORGA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA S.A. Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 002 2019 00400 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La apoderada de la parte actora señaló que al interior del proceso no se logró evidenciar prueba suficiente que demostrara que las administradoras de pensiones, hubiesen cumplido con su deber y obligación de brindar a la actora la información de forma clara, oportuna y veraz, sobre las ventajas y desventajas de uno u otro régimen, en consecuencia precisa que la decisión del Juez primigenio fue acertada, toda vez que se encuentra todo el soporte normativo y jurisprudencial.

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se esté en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, error, fuerza o dolo, resaltó que al no encontrarse frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficacia jurídica del acto jurídico celebrado entre la actora y Porvenir.

A su vez, PORVENIR S.A., solicitó se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que el traslado que realizó la actora del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., en el año 2001 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP Old Mutual S.A., el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 13 de octubre de 1961, se afilió el Seguro Social el 1 enero de 1992, señaló que en el año 2001 se trasladó a Porvenir S.A., y posteriormente a Old Mutual S.A., hoy Skandia S.A., indicó que al momento del traslado no fue informada de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierto; respecto a las diferencias entre uno y otro régimen de pensiones.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 20, 78, 335 de la Constitución Política, los artículos 13, 64, 97,80,90 de la Ley 100 de 1993, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, los artículos 1603,1746 del Código Civil, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°33083 de 2011,31989 y 31314 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 96 al 108 del plenario, donde opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que no es posible realizar el traslado de loa aporte al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, con fundamento en que fue una elección libre y voluntaria por parte de la actora, la cual se materializó con la suscripción del formulario de afiliación, al y como lo dispone el artículo 2 del Decreto 1642 de 1995. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada de forma suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencia de trasladarse de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento. Propuso las excepciones de 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 pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de octubre de 2021, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que de régimen pensional realizó la demandante BLANCA PATRICIA DIAZ MAYORGA del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA administrado por el ISS al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a OLD MUTAL S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido con motivo de la afiliación de la actora como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales, junto con sus respectivos frutos, intereses y rendimientos.

TERCERO: ORDENAR a PORVENIR S.A Y OLD MUTUAL S.A reintegrar a COLPENSIONES, de su propio patrimonio e indexados, los deterioros sufridos por los recursos administrados a la actora, incluidos gastos de administración, comisiones y primas de seguros.

CUARTO: ORDENAR a OLD MUTUAL S.A realizar todos los trámites administrativos tendientes a normalizar la afiliación de la demandante, en el Sistema de Información de Administradoras de Fondos de Pensiones –SIAFP (anulación a través de MANTIS) y entregar a COLPENSIONES el archivo y el detalle de aportes realizados durante la permanencia de la actora en el RAIS.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que acepte a la actora en el régimen de prima media con prestación definida, reactive su afiliación al RPM sin solución de continuidad y corrija su historia laboral conforme los dineros trasladados del RAIS.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEPTIMO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A y en favor de la demandante. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 salario mínimo.

OCTAVO: CONSULTAR esta sentencia con el superior SALA LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, con fundamento en el art. 69 del C.P.T.S.S”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado que no se puede brindar cualquier tipo de asesoría sino únicamente la que permita el ejercicio de lo que se ha denominado la libertad informada, cuya infracción castiga el legislador en la medida que indica que cualquiera que atente contra esa libertad de elección se hace merecedor entre otras sanciones a la ineficacia de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, ya que ese tipo de normas obedece al reconocimiento que hace el legislador de la asimetría de la información que existe entre las administradoras y sus potenciales afiliados, así como la trascendencia en la vida de los ciudadanos de la decisión de afiliarse y de pertenecer a uno u otro régimen pensional.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que la vinculación que realizó la actora fue válida y eficaz, firmando el correspondiente formulario documento validó que se requería para la fecha, ya que para el

momento de la afiliación la normativa que regía era el Decreto 663 de 1993. Por otro lado señaló que en lo referente a la condena de la devolución de gastos de administración desconoce la igualdad y los efectos de la declaratoria de ineficacia, toda vez que de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993, son descuentos autorizados por la ley, así las cosas solicitó se revoque el fallo proferido.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que existe una indebida valoración probatoria, toda vez que no se valoró el interrogatorio absuelto por la parte actora, debido a que se evidencia que existió una asesoría precontractual, por lo que señaló que la AFP si cumplió con el deber de información, resaltó que existe una prohibición legal de conformidad al artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y en el presente caso la actora se encuentra ad portas de cumplir con los requisitos para pensionarse y refirió que lo pretendido es beneficiarse de los aportes realizados por todos los afiliados del esquema del Régimen de Prima Media que generaría una descapitalización del sistema.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen

de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional,

no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles del expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 27 de marzo de 2001 y a Skandia S.A., el 27 de marzo de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo en el año 2001 por parte de unos asesores de Porvenir S.A., de forma general le indicaron que podría pensionarse de manera anticipada y al existir en el ambiente la sensación de que el Seguro Social se iba acabar se trasladó de régimen.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 7 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ESPERANZA DÍAZ SAAVEDRA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A-PENSIONES Y CESANTIAS.

RADICADO: 11001 3105 004 2020 00374 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Colfondos S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de noviembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

La apoderada de la parte de Colpensiones solicitó se revoque la sentencia de primera instancia teniendo en cuenta que no es dable el reconocimiento de la ineficacia de traslado solicitado por la actora, todas vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación con la AFP Colfondos el 3 de mayo de 1994.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a Colfondos S.A., la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios, rendimientos devengados a Colpensiones y por consiguiente se ordene a dicha entidad reactivar la afiliación.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 26 de febrero 1963, que desde el 3 de septiembre de 1989 estuvo afiliada al RPM administrador por la Caja Nacional de Previsión Social- CAJANAL, señaló que el 3 de mayo de 1994, se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información completa, veraz y suficiente para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509, 1603, 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, la Ley 797 de 2003, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 31989 de 2008, 31989 de 2008.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a todas y cada una de las prestaciones formuladas en su contra, al considerar que la afiliación que realizó la demandante al RAIS se presentó en virtud del derecho a la libre escogencia, indicó que los asesores comerciales brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, precisó que de la historia laboral se desprende que la actora nunca estuvo afiliada al RPM, así como también que se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalado en la Ley 797 de 2003, haciéndose imposible para Colpensiones tener como afiliada a la actora. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de la entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 8 de noviembre de 2021, el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional de Nancy Rojas Estupiñán a la Administradora De Fondo De Pensiones Y Cesantías Colfondos S.A., realizada en 1994 por los motivos expuestos. En consecuencia, declarar que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad y por tanto siempre permaneció en el Régimen De Prima Media Con Prestación Definida.

SEGUNDO:CONDENAR a la Administradora de Fondo de Pensiones Colfondos S.A. a devolver a Colpensiones las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración y comisiones de seguros debidamente indexadas por el periodo en que la demandante permaneció afiliada a esa administradora.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES a que una vez se efectuó el anterior trámite acepte sin dilación alguna el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por la demandada.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demanda Colfondos. Fijense las agencias en derecho por la suma de medio salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, en consecuencia, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base a jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia se establece que las Administradoras de Fondos de Pensiones debe suministrar a sus

interesados una información completa y comprensible de las características, condiciones, beneficios, diferencias, riesgos y consecuencias de cambio de régimen pensional, sin importar si se tiene o no un beneficio transicional, dado que la violación del deber de información se predica frente a la validez del acto jurídico de traslado considerado en si mismo. Por otro lado señaló que los argumentos esbozados por Colpensiones no son de recibo en este asunto, toda vez que se establece que la actora fue servidora pública antes del año 1993, razón por la cual se entiende que debía estar afiliada alguno de los fondos de las Cajas Previsionales establecidas por el estado y en ese sentido estaba afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLFONDOS S.A., interpuso recurso de apelación de manera parcial en lo referente a la condena de la devolución de dineros de que trata el numeral segunda de la parte resolutive de la sentencia proferida, al considerar que los dineros que se encuentran en la cuenta de ahorro individual de la actora tienen incluidos los frutos y rendimientos durante todo el tiempo de su afiliación con la AFP, por lo que señaló que se estaría en presencia de un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, por otro lado resaltó que no es pertinente ordenar la indexación de dicha sumas, ya que por estar dichos dineros en poder de la AFP, estos producen unos rendimientos mínimos que compensan la pérdida del poder adquisitivo.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que de conformidad con la pruebas aportadas, se establece que no existió un error de hecho sino de derecho en el cual con el tiempo fue subsanado, no solo por la voluntad que se plasmó en el formulario de afiliación, sino la vocación de permanecer en el régimen privado, siendo una decisión libre y voluntaria por parte de la actora, resaltó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición de la Ley 797 de 2003, por lo que acceder al traslado de régimen se estaría vulnerando el principio de sostenibilidad financiera. Así las cosas solicito se revoque la sentencia de primera instancia.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 214 del expediente se evidencia formulario de afiliación Colfondos S.A., el 3 de mayo de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 1994, en su lugar de trabajo asesores de Colfondos S.A de forma general le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y por ende trasladarse al fondo era lo más conveniente al asegurarle que podría pensionarse de forma anticipada. Por todo lo anterior, señaló que firmó el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características,

condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron

voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 8 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ESPERANZA DÍAZ SAAVEDRA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 005 2020 00097 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las apoderadas de la parte demandante, Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no resulta procedente que se declare la nulidad del traslado efectuado por la demandante al RAIS, toda vez que en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que la actora desde el inicio se afilió al RAIS de forma libre y voluntaria teniendo como cierto el formulario de afiliación en el cual señala todas las ventajas y desventajas de dicho régimen y las cuales fueron aceptadas por la actora, toda vez que no se evidencia el derecho de retracto por inconformidad alguna y si se guardó silencio por más de 20 años en pro de aceptación de la información brindada por parte del asesor del fondo privado.

La apoderada de la parte solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que la misma se sustentó en los parámetros que ha venido estableciendo la H. Corte Suprema de Justicia en la línea jurisprudencia desarrollada desde el año 2008 hasta la fecha en relación con el caso que nos ocupa son completamente aplicables, tales como las proferidas en sentencias SL1452-2019; SL1688-2019; SL1689-2019; STL3202-2020, que han reiterado y compilado las reglas de derecho que se han definido claramente, respecto del tema objeto de estudio y que han establecido que en estos casos, no importa cosa diferente al cumplimiento o no del deber de información.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, por cuanto en este asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siguiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que ese acto goce de plena validez.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende que se declare la nulidad y/o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a los fondos privados la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos a Colpensiones y por consiguiente se ordene a dicha a entidad reactivar la afiliación.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 9 de agosto de 1959, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el año 1980, señaló que el 27 de mayo de 1999, se trasladó A Porvenir S.A., y posteriormente a Santander S.A., hoy Protección S.A, sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información completa, veraz y suficiente para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, los artículos 59 y siguiente de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 3800 de 2003, los artículo 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 46292 de 2014, 17595 de 2017, 55013 de 2018, 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a todas y cada una de las prestaciones formuladas en su contra, al considerar que se está en presencia de un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, toda vez que al verificar el formulario de vinculación que suscribió la actora se efectuó de forma libre y espontánea. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, traslado de aportes a Porvenir S.A., inexistencia de la obligación de devolver la prima de seguro previsional, falta de juramento estimatoria de perjuicios, prescripción y la genérica.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la vinculación que efectuó la demandante en el año 1999 fue producto de su voluntad y de su decisión libre e informada, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de sus decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales, tal y como se aprecia en la solicitud de afiliación documento público de conformidad al artículo 114 de la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, precisó que existe un contrato jurídico con la AFP, en el mismo momento que firmó el formulario de traslado de régimen, el cual fue de forma libre y voluntaria, teniendo actualmente una afiliación válida ante el

fondo privado. Propuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP, responsabilidad SUI GENERIS de la entidades de la seguridad social, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de octubre de 2021, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD del traslado del régimen de prima media al de ahorro individual realizado por la señora ESPERANZA DÍAZ SAAVEDRA, a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos, intereses, y a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante, procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: ABSOLVER a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de las demás pretensiones de la demanda, declarando parcialmente probada la excepción de inexistencia de la obligación de perjuicios morales.

CUARTO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda.

QUINTO: COSTAS a cargo de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Inclúyanse como agencias en derecho la suma de 4 salarios mínimos legales mensuales vigentes en favor de la señora ESPERANZA DÍAZ SAAVEDRA.

SEXTO: En caso de que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE con el superior a favor de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, argumentó que se accederá a la nulidad de la afiliación por no haber demostrado la AFP demandada el deber cualificado de haber suministrado información completa, oportuna y suficiente a la demandante, en consideración en sentencia C-345 de 2017 de la Corte Constitucional ha indicado la existencia de regímenes de nulidad de los actos y contratos en cuyo perfeccionamiento ha concurrido un vicio del consentimiento se encuentra constitucionalmente ordenada, así como

también lo ha abordado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las últimas sentencias desde la perspectiva de la ineficacia se asignado la carga probatoria a los fondos privados, esto de conformidad al artículo 12 del Decreto 720 de 1994, vigente para el momento en que la señora Olga Lucia se trasladó.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante, interpuso recurso de apelación parcial en lo referente a los numerales cuarto y quinto de la parte resolutive de la sentencia, en primera medida en relación al numeral cuarto solicitó se revoque el mismo al considerar que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que también se debe ordenar el traslado de gastos de administración de todas las administradoras en las que haya estado afiliada la demandante y en segunda medida en lo referente al numeral quinto que únicamente condenó en costas procesales a Porvenir S.A., en consecuencia pretende se evalúe incluir a las demandadas Colpensiones y Protección S.A, toda vez que fueron partes vencidas en el proceso, esto con fundamento en el artículo 365 del Código General del Proceso.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que la entidad no tuvo injerencia en la decisión tomada por la actora en relación al traslado que realizó, en consecuencia solicitó se estudie a fondo la decisión tomada en primera instancia, señaló que las AFP no asesoraron a la actora en relación a la prohibición legal, en consecuencia debería ser los fondos privados quienes asuman el reconocimiento pensional bajo los mismos beneficios que ofrece el régimen de prima media.

Por su parte la apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en su totalidad, al considerar que si bien existe un precedente de la jurisdicción, no se debe aplicar de manera objetiva ya que se deber analizar las circunstancias de cada caso en concreto, al respecto resaltó que en el año 1999 no se requería otro documento diferente al formato de afiliación para probar que la demandante estaba conforme con el traslado del régimen, por lo que en el presente caso se da en el fenómeno establecido en los artículos 1752 y siguientes del Código Civil relativos al saneamiento del consentimiento por

ratificación tacita, la cual opera de manera automática, toda vez que la actora con el paso del tiempo ratificó su deseo de permanecer en el régimen, precisó que no está de acuerdo con la imposición de costas únicamente a la AFP, en razón a que la demandadas Colpensiones y Porvenir S.A también resultaron vencidas en el presente proceso.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no***

la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A, el 27 de mayo de 1999 y a Santander S.A hoy Protección S.A., el 29 de octubre de 2002.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Porvenir S.A en el año 1999., de forma general que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y por tal razón la mejor opción era trasladarse de fondo pensional, posteriormente se trasladó a Protección.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

En consecuencia, se habrá de revocar el numeral cuarto de la sentencia recurrida y en su lugar ordenar a Protección S.A a trasladar a Colpensiones los dineros que haya deducido por concepto de administración.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte actora en relación a la no imposición de costas a Colpensiones y Protección S.A, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, y al evidenciar que se incurrió en agencias en derecho procede el pago de las mismas a cargo de las demandadas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal Cuarto de la parte resolutive de la sentencia proferida el 26 de octubre de 2021, por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar ordenar a Protección S.A a trasladar a Colpensiones los dineros que haya deducido por concepto de administración.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL QUINTO en el sentido de condenar en costas a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por JORGE EDUARDO CHACON LONDOÑO contra CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 006 2018 00418 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de diciembre de 2020.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de Colpensiones, quien refirió que en lo relativo a la reliquidación de la pensión extralegal su representada carecía de falta de legitimación en la causa por pasiva, que se limitaba a pagar la pensión de vejez conforme a la normativa vigente, destacando que le reconoció pensión de vejez mediante Resolución No. 025607 de 2003, la cual fue reliquidada a través de la Resolución GNR 76775 de 2016, a partir del 21 de diciembre de 2012, precisando que para el reconocimiento de prestaciones con fundamento en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, se tendría en cuenta para calcular el IBL el artículo 21 de la Ley 100 de 1993.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que el monto de la mesada de la pensión de jubilación reconocida por la CAR omitió tener en cuenta los ingresos¹ efectivamente causados en el último año o pluralidad de años de la relación laboral, por lo que ésta era inferior a la mesada que le correspondía, en consecuencia, se condenara a la CAR a la reliquidación de la pensión y al pago del retroactivo causado, así como, se corrigiera y reliquidaran las sumas de la Resolución No. 2657 del 15 de diciembre de 2016, en la que se reconoció la diferencia entre la pensión de vejez (ISS) y la de jubilación (CAR), se ordenara el restablecimiento del mayor valor por las semanas adicionales a las mínimas requeridas para obtener

¹ Tales como sueldo, sobresueldo, bonificación por servicios prestados, quinquenio, prima de vacaciones y vacaciones compensadas en dinero, auxilio de alimentación, dominicales y festivos, horas extras diurnas y nocturnas, auxilio de transporte, vacaciones, bonificación por vacaciones, prima servicios, prima anual, prima antigüedad, primas semestrales, viáticos, prima (planta de tratamiento), prima de olor.

el derecho que la CAR había dejado de cancelar, a la devolución del retroactivo pensional cancelado por Colpensiones a la CAR, a la restitución de la mesada pensional sin disminuir la misma por las semanas adicionales y el porcentaje de persona a cargo, respecto de Colpensiones, solicitó que se declarara que dicha entidad omitió incluir en el IBL, los devengos y acreencias percibidas, por lo que su mesada era inferior a la que le correspondía, en consecuencia, se condenara al pago de la indexación de la primera mesada pensional, a la reliquidación de la misma otorgando como pensión el máximo porcentaje de IBL y a incorporar como parte de la mesada el 25% por necesidad de ayuda de tercera persona tanto en las mesadas ordinarias como adiciones, finalmente, solicitó respecto de ambas demandadas la indemnización integral de perjuicios, pago de sanción pecuniaria por mora en el reconocimiento y pago de la pensión, indexación de las sumas, a lo que resulte según facultades ultra y extra petita y al pago de costas. Subsidiariamente solicitó el pago de intereses corrientes y de mora.

En sustento de sus pretensiones mencionó que durante el transcurso de su vinculación con la CAR, su relación laboral se rigió por las Convenciones Colectivas de Trabajo, siendo beneficiario de las prebendas extralegales, que la CAR mediante Resolución No. 175 del 10 de febrero de 1998, le reconoció pensión de jubilación, pero que en el monto de su mesada no tuvo en cuenta todos los devengos, ingresos y acreencias causados durante el último año o pluralidad de años y se omitió realizar los aportes al sistema de seguridad

social sobre estos, que para el amparo de los riesgos de invalidez vejez y muerte se afilió al ISS hoy Colpensiones, que al determinar el IBL de la pensión de vejez se omitió tener en cuenta una parte significativa de los devengos, que Colpensiones realizó reajuste de la mesada pero por contar con semanas adicionales a las mínimas requeridas y si bien le reconoció oportunamente el porcentaje por persona a cargo la CAR sumó dicho valor para disminuir la mesada, así como, se apropió del retroactivo por semanas adicionales y se ha negado al reconocimiento del porcentaje por necesidad de asistencia de una tercera persona en razón a su salud y necesidad de ayuda permanente.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 13, 21, 22, 23, 25, 38, 39, 48, 53, 55, 58, 83, 89, 90, 93, 95 y 209 de la Constitución Política, los artículos 17 y ss. De la ley 6 de 1945, Decreto 797 de 1949, Ley 33 de 1985, Ley 4 de 1992, artículos 37 y 38 de la CCT de la CAR, artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 1, 2, 4, 6, 25 y ss. del C.P.T. y S.S.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La CAR, contestó la demanda como se observa a folios 209-222 del expediente, en donde se opuso a la prosperidad de todas y cada una de las pretensiones por cuanto se liquidó la mesada pensional del actor conforme a las normas vigentes al momento de la obtención del derecho y con base en los factores que efectivamente devengó, razones por las cuales refirió que no se tenía derecho a la reliquidación solicitada, ni a los intereses de mora reclamados, frente al retroactivo

señaló que la CAR no adeudaba nada por dicho concepto al actor ya que Colpensiones, no le había pagado nada por ese concepto y si ello fuera así, sería un trámite interno entre Colpensiones y la CAR, también indicó que cuando se otorgó la primera mesada no se generó pérdida de poder adquisitivo y que el demandante no tenía derecho a suma mayor por concepto de compartibilidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y buena fe.

Colpensiones, contestó la demanda cómo se observa a folios 223-234 del expediente, en dónde manifestó que se oponía a la reliquidación de la pensión, por cuanto se reconoció la pensión de vejez al actor atendiendo a la totalidad de los factores salariales reportados por el empleador, por lo que no era posible reconocer con factores salariales distintos o no devengados por el trabajador y sobre los cuales no se efectuaron cotizaciones al sistema pensional, ya que con ello se vulneraría el principio de estabilidad financiera del sistema, razón por la que tampoco resultan procedentes los intereses de mora, además señaló que liquidó la prestación atendiendo lo estipulado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, aplicando el IBL de los últimos 10 años, por ser mas favorable, señaló frente a la indexación que ésta no resultaba procedente porque la pensión había sido actualizada desde su reconocimiento, también mencionó que en cumplimiento de fallo expedido por el Juzgado 16 Laboral del Circuito de Bogotá, reconoció el incremento del 14% por cónyuge a cargo mediante Resolución No. 15074 del 27 de abril de 2012 y que si lo que se pretendía era un incremento por persona en

condición de discapacidad, debía tenerse presente que éste no estaba consagrado en la normatividad. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, innominada y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de diciembre 2021, el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“ABSOLVER a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones y a la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca CAR de las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

COSTAS a cargo de la parte demandante vencida en el proceso. Se fija la suma de \$200.000 por concepto de agencias en derecho.”

Como fundamento de su decisión argumentó que no se probó que la CAR hubiese dejado de incluir un factor legal o extralegal base de liquidación de la pensión, puesto que los viáticos no fueron computados porque no se percibieron en forma superior a 180 días y las vacaciones en dinero no constituyen salario, tampoco son una prestación imputable de factor salarial, como quiera no se acreditó que se dejara de reconocer un factor salarial, tratándose de la indexación de la primera mesada pensional, señaló que la pensión se reconoció al día siguiente al retiro del demandante, por lo que en razón a la inmediatez, no se generó una pérdida de poder adquisitivo de la moneda que permitiera su actualización, también señaló que como no se encontró que se hubiera dejado de incluir un factor salarial conforme al Decreto 1045 de 1978, que debiera tenerse en cuenta en la base de liquidación de la pensión de

vejez reconocida que liquidó Colpensiones mediante Resolución No. GNR 76775 del 14 de marzo de 2016, a través de la cual se reajusto pensión de vejez, con efectividad del 27/12/2002 y con una tasa de reemplazo del 90%, no estaba llamada a prosperar, así mismo, indicó que no correspondía efectuar devolución de semanas adicionales teniendo en cuenta que la pensión en mención se liquidaba teniendo en cuenta la última semana de cotización, finalmente mencionó que en el juicio se probó que Colpensiones mediante Resolución No. 15074 de 2012, reconoció incrementos del 14% por cónyuge a cargo (fl. 192), lo que impedía el reconocimiento del incremento reclamado pues la normatividad no contemplaba incrementos distintos.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de Colpensiones, solicitó examinar la legalidad de la providencia y se concediera la suplica reclamada, con sustento en que la pensión otorgada por la CAR, era de carácter convencional, que el artículo 79 de la CCT, establecía con claridad los elementos esenciales para determinar el tiempo de servicios, edad y monto, siendo clara en establecer que el valor de la pensión se reconocía en el 80% del salario promedio devengado en el último año y que si bien la entidad demandada trajo a colación otras normas con lo que genero confusión, la que regia las condiciones de la pensión era la CCT, frente a la indexación reclamada señaló que se tomaron conceptos devengados de diciembre de 1996, pero se otorgó en el año de 1997, anualidad en la que hubo una inflación de entre el 25-30% por lo que si se vieron

afectados la mayoría de los devengos lo que permita el reajuste, acto seguido, señaló que frente a las personas a cargo no se estaba pidiendo el reconocimiento sino que la CAR no podía disminuir el monto a su cargo por concepto del incremento del 14% que le había sido reconocido por Colpensiones respecto de su pensión de vejez y finalmente en cuanto a la necesidad de asistencia de una tercera persona solicitó que dicho reconocimiento se efectuara bajo una interpretación amplia de los principios del derecho laboral, figura que estuvo regulada en el acuerdo 049 para las pensiones e invalidez y decreto 1295 que contemplaban un porcentaje de pago adicional para personas con condiciones de salud especial y se aplicara la figura de la irretroactividad de la ley.

V. CONSIDERACIONES

Previo a abordar el estudio del recurso de apelación presentado por la parte actora, se advierte que el apoderado del demandante presentó recurso de reposición y en subsidio el de apelación contra el auto que negó decretar la prueba testimonial solicitada, apelación que fue concedida en el efecto devolutivo, por lo que se procederá con su análisis.

En primer lugar, debe señalarse que el auto que niegue el decreto o la práctica de una prueba es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 4° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del C.P.L y S.S.

Ahora bien, revisado el acápite de prueba testimonial mencionado en la demanda, se advierte que los testimonios se solicitaron a efectos que los mismos se pronunciaran respecto a los hechos de la demanda y contestación, prueba que fue negada atendiendo lo señalado en el art. 168 del CGP como quiera que las documentales obrantes en el proceso permitían dirimir el conflicto propuesto, luego al presentarse el recurso de reposición y en subsidio el de apelación se aludió que la prueba testimonial solicitada tenía como objeto acreditar el estado de salud del demandante y de su cónyuge o compañera a efectos de obtener el incremento o porcentaje por necesidad de asistencia de una tercera persona, manteniéndose incólume la decisión y concediéndose la apelación sobre el efecto devolutivo.

Sobre el particular debe señalarse que, en este caso, la materia de discusión recae sobre puntos de derecho, por lo que no resultaba conducente la práctica de la prueba testimonial, máxime cuando la normatividad que regía la pensión de vejez, reconocida al demandante por Colpensiones, no era objeto de controversia en el litigio, de acuerdo con ello resultaba claro cuales eran los beneficios que por concepto de incrementos podría llegar a obtener, bajo estas premisas se confirmará la decisión del a quo.

Resuelto lo anterior y atendiendo a lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente la reliquidación de la pensión de jubilación reconocida por la CAR al demandante tenido en cuenta todos los factores

salariales devengados en el último año de prestación de servicios y en caso afirmativo al pago del retroactivo y demás pretensiones derivadas de ello, así como, si se debía indexar la primera mesada pensional de dicha pensión, de igual forma, corresponde determinar si la CAR podía disminuir el valor de la mesada a su cargo como consecuencia del incremento del 14% reconocido por cónyuge a cargo en la pensión de vejez otorgada por el ISS hoy Colpensiones y si resultaba procedente el incremento a dicha pensión por asistencia de una tercera persona.

Para resolver lo pertinente, lo primero que debe señalarse es que la CAR mediante Resolución No. 175 del 10 de febrero de 1998², reconoció pensión de jubilación al demandante, a partir del 16 de diciembre de 1997, en cuantía inicial de \$860.343, advirtiéndose en el considerando de la referida resolución lo siguiente: *“Que son aplicables las disposiciones de la ley 33 y 62 de 1985, ley 71 de 1988, ley 6 de 1945, decreto 1600 de 1945, ley 4 de 1966, Decreto 3135 de 1968, Decreto 1045 de 1978 en su artículo 45 y artículo 78 y 79 de la Convención Colectiva”*, a continuación se indican los factores para determinar el promedio de sueldos devengados en el ultimo año de servicios, así: i) Sueldo jornal; ii) Reajuste de sueldo; Subsidio de transporte; iii) Subsidio de alimentación; Reajuste Alimentación; iv) Prima navidad; v) Bonificación por servicios pres.; Prima de servicios; Prima vacaciones; horas extras y quinquenio, subsiguientemente, se trae a colación el artículo 79 de la Convención Colectiva de Trabajo y señalaba que se reconocerá la pensión equivalente al 80% del promedio

² “Por la cual reconoce pensión de jubilación al señor Jorge Eduardo Pachón Londoño”

de sueldos o salarios devengados en el ultimo año anterior a la causación del derecho.

Ahora bien, teniendo en cuenta que el reparo que presenta el recurrente se centra en resaltar que se trataba de una pensión de jubilación convencional en cuyo artículo 79 se establecían con claridad los elementos esenciales para establecer el tiempo de servicios, edad y monto pensional, resulta pertinente acudir a la convención colectiva vigente para la fecha de reconocimiento pensional.

Así, tenemos que a folio 32 del expediente obra Cd contentivo de las convenciones colectivas suscritas entre la Corporación Autónoma Regional de las cuencas de los ríos Bogotá, Ubaté y Suárez - CAR y el sindicato de trabajadores de la misma, por las vigencias 1979-1981, 1993-1995, 1995-1996 y Laudo Arbitral 1996, no obstante, debe precisarse que aunque se remitió la convención colectiva vigente 1995-1996, que sería la vigente para la época del reconocimiento pensional, la misma se aportó en forma incompleta pues solo se allegó hasta el artículo 75 de la misma, de manera que no reposa el artículo 79 (que es el que se aduce en la resolución de reconocimiento pensional) ni aparecen la parte final de la CCT con las respectivas firmas, por lo que no se le puede dar pleno valor probatorio.

Aunado a ello, tampoco se allegaron todas las convenciones colectivas suscritas por la CAR y el mencionado sindicato, a efectos de determinar que otros rubros distintos a los contemplados en la ley se les pudo haber otorgado la

connotación de salariales y se encontraban vigentes, pues lo que se advierte en las CCT allegadas es que aunque determinado beneficios se registraban bajo el acápite de salarios se especificaba cuando un determinado rubro constituía factor salarial, como por ejemplo ocurría con la bonificación de vacaciones.

Bajo la anterior consideración y dado que en la Resolución No. 175 de 1998, a través de la que se efectuó el reconocimiento pensional del demandante, se señaló que el reconocimiento se haría en forma equivalente al 80% del salario promedio de sueldos o salarios devengados en el último año antes de causarse el derecho, a efectos de determinar los factores legales que integraban el mismo, debía acudirse a lo dispuesto en el Decreto 1045 de 1978 “Por el cual se fijan las reglas generales para la aplicación de las normas sobre prestaciones sociales de los empleados públicos y trabajadores oficiales del sector nacional.”, el cual en su artículo 45 señala:

“ARTÍCULO 45. De los factores de salario para la liquidación de cesantía y pensiones. Para efectos del reconocimiento y pago del auxilio de cesantía y de las pensiones a que tuvieron derecho los empleados públicos y trabajadores oficiales, en la liquidación se tendrá en cuenta los siguientes factores de salario:

- a) La asignación básica mensual;*
- b) Los gastos de representación y la prima técnica;*
- c) Los dominicales y feriados;*
- d) Las horas extras;*
- e) Los auxilios de alimentación y transporte;*
- f) La prima de navidad;*
- g) La bonificación por servicios prestados;*
- h) La prima de servicios;*

i) Los viáticos que reciban los funcionarios y trabajadores en comisión cuando se hayan percibido por un término no inferior a ciento ochenta días en el último año de servicio;

j) Los incrementos salariales por antigüedad adquiridos por disposiciones legales anteriores al Decreto-Ley 710 de 1978;

k) La prima de vacaciones;

l) El valor del trabajo suplementario y del realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio;

ll) Las primas y bonificaciones que hubieran sido debidamente otorgadas con anterioridad a la declaratoria de inexequibilidad del artículo 38 del Decreto 3130 de 1968.”

Verificado lo anterior y comparado con los valores establecidos en los reportes de acumulados allegados según constancia vista a folio 96-101, los valores reconocidos por liquidación de prestaciones sociales definitivas (Resolución No. 2199 del 30 de diciembre de 1997) y los factores tenidos en cuenta para la resolución no se advierte que se hubiera dejado por fuera algún factor que debiese haber sido incluido, máxime que los viáticos solo se tendrán en cuenta si fueran percibidos en un tiempo no inferior a 180 días situación que no se cumple en este caso, aunado a ello, la bonificación (planta de tratamiento), no se encuentra dentro las bonificaciones a incluir, por lo que se confirma la decisión del a quo.

Respecto a la indexación de la primera mesada pensional, debe señalarse que se encuentra acreditado que el señor Jorge Eduardo Pachón Londoño prestó sus servicios para la corporación demandada desde el 1° de diciembre de 1963 hasta el 15 de diciembre de 1997, tal y como lo reseñan diversos documentos allegados al plenario, de manera que como el reconocimiento pensional se efectúo a partir del 16 de

diciembre de 1997 y la pensión se concedió mediante Resolución No. 175 expedida el 10 de febrero de 1998, se advierte que el reconocimiento ocurrió casi que a la par con la finalización del vínculo laboral, lo que desvirtúa la desvalorización monetaria que se busca censurar con la indexación, siendo claro que de vieja data se ha sostenido por la C.S.J., S.C.L., que la indexación *“No es viable cuando se reconoce en oportunidad legal y el empleador obligado a su pago no ha retardado su cancelación.”* (Sent. Rad. No. 15710 del 28 de agosto de 2001), aunado a ello, tampoco puede pasarse por alto que el reconocimiento pensional se efectuó encontrándose vigente la ley 100 de 1993 (artículo 14), de manera que por disposición legal las pensiones se reajustarían anualmente de acuerdo con el IPC certificado por el DANE, bajo estas consideraciones se tiene que tampoco resulta avante esta solicitud.

De igual forma, resulta pertinente destacar que de lo estipulado en el artículo 4° de la Resolución No. 175 de 1998, expedida por la CAR, se desprende que la pensión de jubilación reconocida al actor sería compartida con la que se le reconociera por el ISS, lo cual se confirma con lo señalado en la Resolución No. 025607 del 31 de octubre de 2003, expedida por el Instituto de Seguros Sociales, a través de la cual se realizó reconocimiento de la pensión de vejez al demandante, con efectividad a partir del 27 de diciembre de 2002 y en cuantía inicial de \$1.122.289, pues en ésta se indicó en su artículo 2° lo siguiente *“El valor del retroactivo al patrono CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL No. 00899999062, se girará a través de la Tesorería General del*

ISS – CUNDINAMARCA” de lo que se colige que se trata de una pensión que tiene el carácter de compartida, debiéndose destacar que incluso las pensiones extralegales tienen tal carácter desde el 17 de octubre de 1985, fecha entrada en vigencia del Decreto 2879 de 1985, por lo que no existe duda sobre la compartibilidad de las pensiones.

Sobre el particular conviene recordar lo expuesto por la C.S.J., S.C.L, en sentencia SL4555-2020 radicación No. 82422, en donde respecto a la mencionada figura mencionó:

“Al respecto, importa a la Sala recordar que ante el hecho de que los trabajadores puedan ser beneficiarios de pensiones extralegales y simultáneamente acreedores de la pensión de vejez, la ley reguló la forma como a partir del 17 de octubre de 1985, operaría la subrogación de la obligación. Así, expidió el Acuerdo 029 de 1985 aprobado por el Decreto 2879 de ese año, y posteriormente el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990, en el que dispuso:

(...)

De manera tal que, el querer del legislador fue evitar que para el cubrimiento de un mismo riesgo surgieran concomitantemente dos prestaciones, una de orden extra legal y otra legal, a menos que de manera expresa las partes pactaran lo contrario; y a efecto de asegurarle al titular de éstas el pago de la de mayor cuantía, estableció que si el valor de la que le cancelaba directamente el empleador era superior a la que le reconocería el ISS, mantendría el disfrute de la primera, para lo cual el empresario quedaba obligado a suministrar solamente la diferencia, fenómeno que se conoce como compartibilidad pensional.

La mencionada figura ha sido analizada en diferentes oportunidades por esta Sala de la Corte, verbigracia, en la sentencia SL13996-2014, reiterada recientemente en la SL2963-2018, en la cual se dijo:

(...)

Así las cosas, la referida compartibilidad pensional no tiene por objeto que el pensionado cuente con dos pensiones, pues, precisamente, el efecto de la mentada figura es el de la asunción del riesgo por el ente de seguridad social con el aseguramiento de que no se deteriore el valor de la pensión que se venía percibiendo, por manera que, la prestación de vejez que otorga la entidad administradora será la que se mantendrá como pensión en toda su identidad; de consiguiente, no por el hecho de que el empleador conserve a su cargo el pago del mayor valor que resultare en favor del pensionado, esa diferencia o mayor valor tendrá las connotaciones de una prestación pensional distinta a la de vejez asumida por el ente de seguridad social, por cuanto que ese valor debe mantenerse por no poderse afectar el quantum o monto del derecho pensional subrogado, habida consideración de que ese parámetro pensional queda cobijado por el concepto de derecho adquirido.

(...)”

De acuerdo con el precedente citado, se tiene que tratándose de pensiones compartidas no puede entenderse que surgen dos pensiones diferentes, una extralegal y otra legal, sino que para asegurar el pago de la mayor cuantía en que se hubiese reconocido la pensión por el empleador, se determinó que si el valor que cancelaba directamente el empleador era superior a la que reconociera el ISS, el empleador quedaría obligado a reconocer la diferencia y que en todo caso la pensión de vejez que otorga la entidad administradora sería la que se mantendría en toda su identidad de manera que aunque el empleador conservará el pago del mayor valor no tendría la connotación de una prestación pensional distinta a la de vejez reconocida.

Así las cosas y toda vez que la pensión objeto de estudio es de carácter compartida entre la CAR y el Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones, siendo a cargo de la CAR únicamente el mayor valor resultante entre la pensión de jubilación que reconoció al actor y la de vejez que reconoció el ISS, es claro que se trata de una sola prestación por lo que los cambios en una u otra influyen en ambas, siempre y cuando tales modificaciones obedezcan a elementos considerados como integrantes de la pensión, en ese orden, y dado que se encuentra acreditado que el incremento del 14% por cónyuge cargo, le fue reconocido al actor por Colpensiones, debe tenerse en cuenta que el artículo 22 del Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Decreto 780 de 1990), señalaba que los incrementos reconocidos en dicha normativa no formaban parte integrante de la pensión y el derecho subsistía siempre

y cuando perduraran las causas que le dieron origen, en ese orden, se tendría que no podrían ser contabilizados para establecer el cálculo del mayor valor que le correspondiera asumir al empleador, sin embargo, revisados los soportes documentales no se evidenció que se hubiese acreditado que la mesada pensional a cargo de la CAR hubiese sido reajustada con sustento en tal reconocimiento, por lo que tampoco es posible acceder a dicha pretensión.

Finalmente, respecto al pago de un incremento o porcentaje adicional por una tercera persona, en razón de la edad y condiciones de salud del demandante y de su cónyuge o compañera, debe tenerse presente que para efectuar el reconocimiento pensional se tiene en cuenta la prestación y la norma que estaba vigente al momento del cumplimiento de los requisitos o causación del derecho, de manera que no es dable solicitar la aplicación de beneficios diferentes a los regulados por la norma que regía el asunto, en este caso, es claro que tratándose de la pensión de vejez reconocida por el ISS al actor, la misma fue examinada en aplicación del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, con fundamento en lo señalado en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 759 de 1990, advirtiéndose que tal normativa en su momento solo contempló incrementos³ por hijos hasta los 18 años si eran estudiantes (7%), hijos inválidos no pensionados y dependientes económicamente (7%) y por cónyuge o compañera dependiente económicamente del pensionado que no disfrutara de pensión (14%), de manera que al no haberse

³ Los cuales fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 (Corte Constitucional Sentencia SU- 140 de 2019).

contemplado dicho beneficio en la normatividad que regía el asunto no resultaba procedente tal solicitud.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de diciembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS HERNANDO ARIZA MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00033 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ALIDA DEL PILAR MATEUS CIFUENTES, identificada con la cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y tarjeta profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de la demanda COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de octubre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., manifestó que no obran dentro del presente proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conlleven a terminar

que el traslado efectuado por la actora al RAIS, se llevó a cabo de manera libre, voluntaria, así como que el respectivo asesor del fondo privado, suministro la totalidad de la información, clara y precisa, respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el trasladarse del Régimen de Prima Media administrado por el Instituto de los Seguros Sociales.

El apoderado de PORVENIR S.A., solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia, con fundamento en que el traslado que efectuó la actora se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación, cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

El demandante, pretende que se declare la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., el 25 de octubre de 1995 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil a Colpensiones y por consiguiente se ordene a dicha a entidad reactivar su afiliación.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 20 de marzo de 1962, se afilío desde el 10 de septiembre de 1984 al Seguro Social, señaló que el 25 de octubre de 1995 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que se la suministrara la información suficiente, clara y concisa que le permitiera tomar la mejor decisión respecto a su perspectiva pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48, 53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508,1510 del Código Civil, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, las sentencias de la Corte Constitucional con radicado T-818 de 2007 y T-398 de 2009 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, precisó que si bien las pretensiones no van dirigidas en contra de la entidad, no es menos cierto que tal declaratoria conllevaría implícito el retorno de la actora al RPM y en consecuencia se atiene a lo que resulte probado dentro del proceso.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que la vinculación al Régimen de Ahorro Individual es completamente válida, por cuanto se brindó la información pertinente y necesaria, toda vez que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y con elementos de juicio objetivos. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de octubre de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por el señor LUIS HERNANDO ARIZA MORENO, identificado con C.C. No. 5.712.090, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones al de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la AFP PORVENIR S.A. efectuado el 25 de octubre de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante, señor LUIS HERNANDO ARIZA MORENO, identificado con C.c. No. 5.712.090, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor LUIS HERNANDO ARIZA MORENO, identificado con C.C. No. 5.712.090, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARARNO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES, PROTECCIÓN Y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que no se comparte la decisión tomada en primera instancia, al señalar que no existen razones fácticas ni jurídicas para declarar la ineficacia, toda vez que el traslado que realizó el actor se efectuó de forma espontánea, sin presiones en cumplimiento de los requisitos exigidos para el año 1995, por otro lado indicó que en lo referente a las pruebas documentales que se exige para acreditar la entrega de la información, dicha obligación no estaba vigente para el momento del traslado de la parte accionante, resaltó que se debe tener en cuenta el incumplimiento del deber de diligencia y cuidado por parte del demandante en sus propios negocios. Preciso que en lo relacionado a la devolución de gastos de administración, no es procedente, debido a que corresponden a un descuento debidamente autorizado por la ley y los mismos ya no se encuentran en el patrimonio de la AFP y el conceder dicha devolución constituiría un enriquecimiento sin justa causa. Por todo lo anterior solicitó se revoque la condena en costas y agencias en derecho.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 126 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A, el 25 de octubre de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1995, un asesor de Porvenir S.A., le indicó que el Seguro Social se iba acabar y le relacionó una serie de bondades de dicho fondo como lo era el pensionarse de manera anticipada, que podría pensionarse con una mesada superior, así como también retirar su aportes sin ninguna restricción.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes

jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por la parte recurrente en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 25 de octubre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JANETH ORTIZ DUEÑAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, PROTECCION S.A, PORVENIR S.A Y COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 015 2020 00063 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La parte actora, pretende que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de lo anterior, se ordene a Colpensiones sin solución de continuidad a recibirlo y afiliarlo al RPM, y por consiguiente se ordene a los fondos privados la devolución de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos generados durante el tiempo en que dichas sumas de dinero estuvieron bajo su administración.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 29 de marzo de 1967, se afilió al Instituto de los Seguros Sociales desde el año 1989, que el 29 de septiembre de 1995 se trasladó a Protección S.A., posteriormente a Porvenir S.A el 26 de enero de 2012 y a Colfondos S.A el 20 de marzo de 2009, sin que los asesores de los fondos le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, los artículos 59 y siguientes de la Ley 100 de 1993, los artículos 1509, 1603 y 1746 del Código Civil, el Decreto 3800 de 2003, los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994 y las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°17595 de 2017, 68852 de 2019, 56174 del 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que la AFP brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación, compensación y pago.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario a folios 125 a 128, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que no se puede tener como afiliado a la entidad ni recibir ningún aporte del demandante. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Por su parte, PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo

que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua a favor de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

Entre tanto PORVENIR., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que informó a la actora acerca de las características, ventajas y desventajas que componían al RAIS, para que esta tomara una decisión libre y voluntaria acerca del traslado efectuado. Propuso las excepciones de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de septiembre de 2021, el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz la afiliación o traslado efectuado por la señora JANEHT ORTIZ DUEÑAS el día 29 de septiembre del año 1995, del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de la AFP DAVIVIR hoy representada por PROTECCION, como consecuencia de lo anterior ORDENAR al fondo PORVENIR donde actualmente se encuentra afiliada la señora demandante, traslade los recursos o sumas que obran en su cuenta de ahorro individual a la administradora del régimen de prima media COLPENSIONES, a esta que reactive la afiliación de la señora demandante, reciba dichos recursos y los acredite como semanas efectivamente cotizadas, teniendo en cuenta para todos los efectos como si nunca se hubiera trasladado al régimen de ahorro individual dada la consecuencia natural de esta ineficacia.

SEGUNDO: NO CONDENAR en costas a favor ni en contra de ninguna de las partes. Conforme se expuso en la parte motiva.

TERCERO: si la presente providencia no fuere impugnada se remitirán las diligencia al Superior para que, si lo considera procedente y dada la naturaleza jurídica de Colpensiones, las revise en el Grado Jurisdiccional de Consulta.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia manifestó que el deber de información es ineludible, ya que las AFP desde su creación tenían el deber de brindar información a los afiliados a fin de que estos pudieran adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre el futuro pensional y que el simple consentimiento vertido en el formulario es insuficiente, pues la carga de la

prueba está en cabeza de los fondos de demostrar ese deber de información, por lo cual en este caso hay lugar de declarar la ineficacia de la afiliación.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte demandante., interpuso recurso de apelación de manera parcial en cuanto a la no condena en costas de las demandadas, con fundamento en que debe tenerse que ambas entidades fueron vencidas en juicio dentro del presente proceso, por cuanto las pretensiones de libelo introductorio fueron concedidas y siendo la condena en costas una pretensión de la demanda que fue debidamente controvertida por las entidades demandadas que se opusieron en forma activa y siendo una consecuencia directa de la puesta en movimiento del aparato jurisdiccional, señaló que las mismas deber ser reconocidas, ya que así lo estipula el artículo 365 del Código General del Proceso, así como también resaltó que el artículo 361 que establece que las costas procesales se componen de la totalidad de expensas, gastos en los que incurren las partes en el devenir del proceso junto con las agencias en derecho al momento de imponerse dicha condena se debe sujetar a criterios objetivos y verificables y lo señalado para tal fin en la legislación.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios del 13 al 17 se evidencian formularios de afiliación a DAVIVIR hoy Protección S.A el 29 de septiembre de 1995, a Colpatria el 13 de junio de 2000, a Horizonte S.A 12 de febrero de 2002 y a Colfondos S.A el 13 de marzo de 2009.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración, en la medida en que la consulta se surte a favor de Colpensiones.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte actora en relación a la no imposición de costas a las demandadas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, y al evidenciar que se incurrió en agencias en derecho procede el pago de las mismas a cargo de las demandadas.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el ordinal Segundo de la parte resolutive de la sentencia proferida el 7 de septiembre de 2021, por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, en cuanto no condeno en costas, para en su lugar fijar como agencias en derecho, la suma de \$800.000, a cargo de las demandadas.

SEGUNDO: ADICIONAR EL NUMERAL PRIMERO DE LA SENTENCIA CONSULTA para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida en todos los demás aspectos, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva.

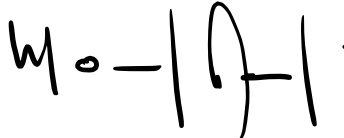
CUARTO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR INES URREA NIÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 017 2019 00510 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP., el traslado de todo los aportes al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que nació el 2 de mayo de 1961, señaló que se encontraba afiliada al Instituto de Seguros Sociales, que el 31 de enero de 1995, se trasladó a Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le brindaran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 48, 49, 53 de la Constitución Política, los artículos 1603 y 1746 del Código Civil, los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 26, 33, 39, 40, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 74 del Código Procesal del Trabajo y de la S.S, el artículo 1 de la Ley 33 de 1985, la Ley 100 de 1993, los artículos 4, 14, 15 y 35 del Decreto 656 de 1994, el Decreto 663 de 1993, del Decreto 720 de 1994, el Decreto 1161 de 1994, la Ley 795 de 2003, la Ley 1748 de 2014, el Decreto 2071 de 2015 y las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°31989 DE 2008, 46292 de 2014, 9447 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la demandante se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad, ya que no se probó error, fuerza, dolo o falta de información, por lo que no es procedente la declaratoria de ineficacia y/o nulidad de la afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia del derecho y de la obligación, excepción error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción, imposibilidad jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas, y la genérica.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existe fundamento fáctico y legal, que de paso a que se declare la nulidad de la afiliación realizada por parte de la actora, ya que dicha afiliación tuvo como único y verdadero hecho generador la decisión libre, voluntaria e informada. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de septiembre de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora INES URREA NIÑO, identificada con C.C N.º 28.427.845, del régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con solidaridad a través de la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE

PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., efectuado el día 31 de enero de 1995, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARA válidamente vinculada la demandante INES URREA NIÑO, identificada con C.C N.° 28.427.845, al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de pensiones-Colpensiones, como si nunca se hubiera trasladado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora INES URREA NIÑO, identificada con C.C N.° 28.427.845, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: DECLARARNO PROBADAS LAS EXCEPCIONES PROPUESTA POR LA PASIVA.

QUINTO: ABSOLVER a las entidades demandadas de las demás pretensiones invocadas.

SEXTO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada COLPENSIONES Y PORVENIR S.A. a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a favor de cada uno de las accionadas.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL 1452, SL 1688, SL1689 de 2019, establecen el alcance del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional cuando se demuestre su inobservancia en aquellos casos donde el afiliado pretende recuperar el Régimen de Prima Media y acceder al reconocimiento de la prestación, resaltó que el simple consentimiento informado vertido en el formulario de afiliación no es insuficiente.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que no existe ningún tipo de vicio que de lugar a la declaratoria de ineficacia, aunado señaló que la decisión adoptada resulta contraria el principio de seguridad jurídica, toda vez que se le viene restando valor probatorio al formulario de afiliación, documento que de conformidad al artículo 11 del Decreto 692 de

1994, constituye plena prueba de la existencia y de la validez del acto de afiliación, resaltó que en el interrogatorio de parte se establece que se da por acreditado que se cumplió con el deber de información para el momento en que se suscribió dicho contrato.

Por otro lado, señaló que se debe tener en cuenta la sentencia SL-2220 de la Corte Suprema de Justicia que manifiesta que los múltiples traslados acreditan el deseo de permanencia en el RAIS, situación que refiere acontece en el presente caso. Finalmente, concluyó que en lo referente a gastos de administración, solicitó que la AFP no sea condenada a la devolución de los mismos, con fundamento en que dichos descuentos se encuentran autorizados por la ley, así como tampoco se condene a costas procesales.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que se desconoció que el deber de información de las administradoras de pensiones ha tenido varias etapas, por cuanto señaló que el análisis de la información suministrada por la AFP debe ser valorada por la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o la materialización del traslado, por lo que resaltó no es razonable imponer a las administradoras obligaciones o soportes no previstos en el ordenamiento jurídico al momento del traslado de régimen, ya que tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima. Preciso que la actora de manera libre, voluntaria y sin presiones se acogió al régimen de ahorro individual y perteneció a este por mucho tiempo, razón por la cual cuando realizó su solicitud de retorno ya se encontraba inmersa en la prohibición legal. Así las cosas, solicitó se revoque la sentencia de primera instancia en los numerales adversos a los intereses de Colpensiones.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la

Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 131 y 134 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Porvenir S.A., el 31 de enero de 1995 y a Horizonte S.A., el 17 de septiembre de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1995, unos asesores de Porvenir S.A., de forma general le indicaron que había una ley que obligaba a los trabajadores se afiliaran a un fondo de pensiones, por lo que firmó el formulario de afiliación, posteriormente se trasladó en el año 1997, a Horizonte S.A., que le informó que dicho fondo de pensiones era mejor.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en cuanto a la inconformidad expresada por la parte recurrente en relación a la imposición de costas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MADELY
MARTINEZ VIDES contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA
DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 020 2019 00550 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por los apoderados de las partes respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de octubre de 2020.

En esta instancia los apoderados de las partes presentaron alegatos, en los que el apoderado de la parte actora, solicitó confirmar la sentencia como quiera que se acreditó con las pruebas allegadas el derecho que le asistía a la pensión de sobreviviente, refiriendo que la demandada a la hora de decidir la prestación no desconoció el lazo afectivo de comunión de vida y socorro mutuo que tuvo con el causante por más de 5 años, por lo que la calidad de beneficiaria se encontraba acreditada y con base en ello le fue reconocida la devolución de saldos, argumentando que la negativa se centraba en que no se cumplía con la fidelidad de cotizaciones del 20% entre la fecha que alcanzó los 20 años de edad y la fecha de materialización del siniestro, no obstante, tal requisito se había retirado del ordenamiento por resultar inconstitucional (Sentencia C-556/2009), por su parte, el apoderado de Porvenir S.A., solicitó revocar la sentencia y absolver a su representada, con fundamento en que ya había reconocido la prestación de devolución de saldos por concepto de aportes a la demandante y su hija en un 50% para cada una, quedando la situación pensional del afiliado fallecido resuelta de manera definitiva, sin que fuera viable tramitar una nueva reclamación, precisando además que, al no haberse reunido la totalidad de los requisitos legales exigidos para la época se dio respuesta a la solicitud pensional radicada el 14 de julio de 2009, frente a lo cual, el 26 de noviembre de 2010, se radicó autorización expresa para la devolución de saldos, lo que se materializó el 7 de marzo de 2011.

I. ANTECEDENTES

Las demandantes pretendieron se condenara a Porvenir S.A., a reconocerles y pagarles la pensión de sobrevivientes en calidad de compañera permanente supérstite (Madely Martínez Vides) y en calidad de hija (Evelyn Tatiana Soto Martínez), con ocasión del fallecimiento del señor Leivy Soto Gutiérrez, ocurrido el 25 de septiembre de 2008, con los respectivos reajustes y mesadas adicionales, a los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, al pago de costas y agencias en derecho, y a lo que resulta probado ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones manifestaron que la señora Madely Martínez Vides, convivió con el causante durante mas de 9 años, que de dicha unión se procreó a Evelyn Tatiana Soto Martínez, el 24 de noviembre de 1999, que el señor Leivi Soto Gutiérrez, falleció 25 de septiembre de 2008, momento para el cual su hija aun era menor de edad, que se solicitó el reconocimiento pensional a Porvenir S.A., la cual fue negada mediante comunicación del 29 de octubre de 2009, por no acreditar el requisito de fidelidad del 20% de cotizaciones ordenándose la devolución de saldos, posteriormente, el 28 de noviembre de 2018, solicitó nuevamente la pensión siendo negada el 12 de junio de 2019, en razón a que ya había una devolución de saldos.

Como fundamento normativo citó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993 (modificados art. 12 y 13 Ley 797/2003),

así mismo, trajo a colación la sentencia C-556 de 2009, expedida por la Corte Constitucional y las sentencias SL-4099-2017, SL1399-2018, 72552-2016 de la Corte Suprema de Justicia.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Porvenir S.A., dio contestación a la demanda en la que se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto a las demandantes, ya se les había reconocido devolución de saldos mediante comunicación del 7 de marzo de 2011, asignándole a cada una un porcentaje del 50% de la prestación quedando la situación pensional del afiliado fallecido resuelta de manera definitiva, adicionalmente, indicó que al no haberse reunido la totalidad de los requisitos legales exigidos para la época, se dio respuesta a la solicitud pensional radicada el 14 de julio de 2009, frente a lo cual, el 26 de noviembre de 2010, se radicó autorización expresa para la devolución de saldos, lo que se materializó el 7 de marzo de 2011, por lo que se encontraban ante un hecho superado, también señaló que la acción adjetiva mediante la cual se instauró la demanda se encontraba prescrita en los términos del artículo 151 del C.P.L. y de la S.S. y que no se causaban intereses moratorios pues el reconocimiento se efectuó dentro del término de 4 meses. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de causa para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, compensación, buena fe de la AFP Porvenir S.A., prescripción, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 23 de octubre de 2020, el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que el causante señor LEIVY SOTO GUTIÉRREZ desde el momento de su fallecimiento acaecido el 25 de septiembre de 2008 dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en cuantía de UN SMLMV y a favor de su grupo familiar.

SEGUNDO: DECLARAR que son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes mencionada, su compañera permanente señora MADELY MARTÍNEZ VIDES y su hija la joven EVELYN TATIANA SOTO MARTÍNEZ.

TERCERO: DECLARAR que la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A. tiene a su cargo el pago de la pensión de sobrevivientes reclamada por las demandantes.

CUARTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN y en consecuencia prescritas las mesadas pensiones a favor de la señora MADELY MARTÍNEZ VIDES causadas entre el 25 de septiembre de 2008 y el 28 de marzo de 2015.

QUINTO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de PRESCRIPCIÓN y en consecuencia prescrita las mesadas pensiones a favor de la joven EVELYN TATIANA SOTO MARTÍNEZ causadas entre el 25 de septiembre de 2008 y el 26 de julio de 2016.

SEXTO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., a RECONOCER y PAGAR a la señora MADELY MARTÍNEZ VIDES la pensión de sobrevivientes en razón del deceso del causante señor LEIVY SOTO GUTIÉRREZ, a partir del 29 de marzo de 2015 en un 50% de la mesa pensional, junto con el mismo 50% de las dos mesadas adicionales al año y los respectivos aumentos de ley.

SEPTIMO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., a RECONOCER y PAGAR a la JOVEN EVELYN TATIANA SOTO GUTIÉRREZ la pensión de sobrevivientes en razón del deceso del causante el señor LEIVY SOTO GUTIÉRREZ, a partir del 26 de julio de 2016 en un 50% de la mesa pensional, junto con el mismo 50% de las dos mesadas adicionales al año, e incrementos de ley hasta el 24 de noviembre de 2017 fecha en que cumplió la mayoría de edad (18 años). En adelante, es decir entre el 25 de noviembre de 2017 y el 24 de noviembre de 2024 fecha en la que cumpliría 25 años de edad, tendrá derecho al pago siempre y cuando acredite que se encuentra adelantando estudios de conformidad con lo dispuesto en el literal c) del art 47 de la ley 100 de 1993. En el caso de no acreditar con posterioridad a la mayoría de edad, haber adelantado estudios, la mesada pensional deberá ser pagada en un 100% a la señora MADELY MARTÍNEZ VIDES compañera supérstite del causante y madre de la joven EVELYN TATIANA SOTO GUTIÉRREZ, desde que esta última cumplió la mayoría de edad o dejó de acreditar estar adelantando estudios entre los 18 y 25 años.

OCTAVO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de COMPENSACIÓN, por lo que deberá descontarse de las sumas adeudadas a cada una de las demandantes el monto de \$1.575.097, dinero que les fue pagado desde el 7 de marzo de 2011 y para un total de \$3.151.097, valor que deberá ser indexado al momento de la compensación

NOVENO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES PORVENIR S.A., a reconocer y pagar a las demandantes los intereses moratorios dispuestos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sobre cada una de las mesadas adeudadas, a partir del momento en que se ordenó el pago de dichos derechos pensionales y hasta que se produzca el pago efectivo de la obligación.

DECIMO: CONDENAR en COSTAS a la demandada. Las agencias en derecho se tasan en 3 SMLMV.

Como fundamento de su decisión argumentó que aunque inicialmente se pensaría que el causante no dejó causado el derecho conforme a lo establecido en los requisitos de fidelidad contemplados en los literales a y b del numeral 2 del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, debía tenerse en cuenta que aunque la sentencia C-556 de 2009, no había sido emitida para la fecha en que falleció el causante, no podía pasarse por alto que cuando se negó el derecho a las reclamantes tales literales ya habían sido declarados inexecutable y retirados del ordenamiento jurídico, en esa medida y atendiendo lo señalado en sentencia de la C.S.J., S.C.L., 35319 de 2012 y sentencia de la C.C. T – 453 de 2011, que establecían que se debía inaplicar la norma que contenía la exigencia de fidelidad, incluso cuando se tratara de situaciones acaecidas antes de la declaratoria de inexecutable, por lo que concluyó que al estar acreditado que el causante tenía más de 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento, el causante dejó causado el derecho, acto seguido, y dado que se acreditó la condición de beneficiarias de las demandantes, en calidad de hija del causante y compañera permanente al haber demostrado la convivencia con este en el tiempo exigido, procedió a efectuar el reconocimiento pensional, señalando previamente que no eran de recibo los argumentos esgrimidos por la demandada relacionados con que al haber operado la devolución de saldos

existía una situación jurídica definida, pues conforme se señaló en sentencia SL6558 de 2017, así los beneficiarios optaren por la devolución de saldos ello no era un obstáculo para acceder a la pensión si se había acreditado que en efecto tenían derecho, por lo que tales saldos se tendrían como un pago hecho de carácter provisional.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, presentó recurso de apelación parcial frente al ordinal 5° de la parte resolutive, en lo que tiene que ver con la prescripción aplicada respecto de la prestación de Evelyn Tatiana Soto Martínez, ante la no presentación de reclamación de su parte, sobre el particular, mencionó que para la fecha de fallecimiento del causante, la mencionada joven no tenía uso facultativo de sus derechos hasta que cumpliera la mayoría de edad, lo que ocurrió el 24 de noviembre de 2017 y dado que la demanda se presentó el 29 de julio de 2019, no habían transcurrido los 3 años, por lo que los mesadas se mantenían vigentes tal y como se indicó en sentencias de la C.S.J., S.C.L. SL 10641-2014 y C.C. T-797 de 2017.

A su turno, el apoderado de Porvenir S.A., indicó que conforme a las consideraciones de la sentencia de primera instancia se debía aplicar la sentencia C-506 de 2009, no obstante, ello iría en contra de la presunción de legalidad de las normas, puesto que en este tipo de prestaciones la norma aplicable era la vigente al momento del fallecimiento, el cual ocurrió el 25 de septiembre de 2008, de manera que al haberse

expedido la sentencia aludida hasta el 20 de agosto de 2009, y determinarse en esta que solo tenía efectos a futuro, se tenía que la negativa realizada por su representada se encontraba ajustada a derecho, máxime cuando la Ley 270 de 1996, en su artículo 45, establece el efecto de las sentencias y así podía colegirse de lo indicado en sentencia de la C.C. No. T-018 de 2008 y en sentencias de la C.S.J., S.C.L., No. 42548 del 13 de marzo de 2012, 38844 de 2010 y 39792 de 2010, aunado a ello, señaló que tratándose de los intereses moratorios existía una posición sentada relacionada con que cuando se daba aplicación rigurosa de la ley no había lugar a condena por tal concepto.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes en favor de la señora Madely Martínez Vides y de Evelyn Tatiana Soto Martínez, en calidad de compañera permanente e hija del causante Leivy Soto Gutiérrez, en caso afirmativo, si resultaba procedente los intereses moratorios reclamados y la aplicación de la prescripción respecto de Evelyn Tatiana Soto.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor Leivy Soto Gutiérrez, falleció el 25 de septiembre de 2008 (fl. 66); ii) Que Evelyn Tatiana Soto Martínez, nació el 24 de noviembre de 1999 y es hija de la demandante y del causante (fl. 20); iii) que

Porvenir S.A., mediante comunicación de fecha 29 de octubre de 2009, indicó a la demandante que rechazaron su solicitud pensional por cuanto *“Al consultar nuestro sistema de información, observamos que del tiempo transcurrido entre el momento en que la señora (SIC) LEIVI SOTO GUTIERREZ, cumplió 20 años de edad y la fecha de su fallecimiento, no acreditó el 20% de fidelidad de cotización al Sistema General de Pensiones.”*; iv) que mediante comunicación de fecha 25 de febrero de 2010, Porvenir S.A. informó a la demandante que la solicitud pensional había sido definida en comunicación del 29 de octubre de 2009 y que a la fecha estaban *“(...) a la espera de la carta por medio de la cual Usted autorice la devolución de saldos.”* (fl. 91), v) que mediante escrito radicado por la demandante ante Porvenir S.A., el 26 de noviembre de 2010, se autorizó la devolución de saldos (fl.92) y vi) que Porvenir S.A. mediante comunicación de fecha 7 de marzo de 2011, informó a la demandante que giro a la cuenta suministrada los saldos por valor de \$3.151.097 a razón del 50% para ella como compañera y el otro 50% para Evelyn Soto, como hija (fl. 93).

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del señor Leivi Soto Gutiérrez, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (25 de septiembre de 2008).

Así, se tiene que el **artículo 73 de la Ley 100 de 1993**, establece que los requisitos para obtener la pensión de

sobrevivientes en el RAIS, así como su monto, se regirán por las disposiciones contenidas en los artículos 46 y 48, de la misma ley.

A su turno, **el artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), contempla los requisitos generales para obtener la pensión de sobrevivientes y/o sustitución pensional en los siguientes términos:

“Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca y,

2. Los miembros del grupo familiar del afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento y se acrediten las siguientes condiciones: (Subrayas y negrita fuera de texto)

- a. Muerte causada por enfermedad: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinticinco por ciento (25%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento;*
- b. Muerte causada por accidente: si es mayor de 20 años de edad, haya cotizado el veinte por ciento (20%) del tiempo transcurrido entre el momento en que cumplió veinte años de edad y la fecha del fallecimiento.*

**Literales declarados INEXEQUIBLES por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-556-09 de 20 de agosto de 2009, Magistrado Ponente Dr. Nilson Pinilla Pinilla.*

(...)”.

De las normas antes transcritas, se advierte que, para la fecha de fallecimiento del causante, 25 de septiembre de 2008, se encontraban vigentes los literales a y b del numeral segundo del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 (Modif. Art. 12 Ley 797/03), que contemplaban el requisito de fidelidad al sistema, por lo que se procederá a analizar si en este caso, los mismos resultaban o no aplicables, pues en ello se centra el reparo principal del apoderado de la demandada.

Sobre el tema conviene recordar que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia No. SL4515-2021, Rad. No. 85627, de fecha 8 de septiembre de 2021, indicó:

“(…)

Por otra parte, observa la Sala que la demanda fue contestada el 3 de octubre de 2011, f. 60, cuando la jurisprudencia laboral no reconocía la pensión de sobrevivientes por falta del requisito de fidelidad por el fallecimiento del afiliado con fecha anterior a la sentencia C-556 de 2009. Se recuerda que fue con la sentencia CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540, que esta Sala modificó su postura frente a la aplicación de la sentencia C-556 de 2009 estrictamente hacia el futuro, la cual venía sosteniendo con apoyo en el artículo 45 de la Ley 270 de 1996, en cuanto a que el juez constitucional en la parte resolutive no previó que esa decisión tuviese efectos retroactivos. Entonces, la Sala sostenía que, al no haber sido modulados los efectos del fallo por la Corte Constitucional al realizar el control abstracto, se entendió que, durante el periodo en que tuvo vigor la exigencia de fidelidad de cotizaciones al sistema, estuvo amparada por la presunción de constitucionalidad y su aplicación en ese interregno resultaba obligatoria.

Fue el 20 de junio de 2012 que, por decisión mayoritaria de entonces, la Sala varió su criterio en lo referente a los efectos que debe surtir la declaratoria de inexequibilidad de una determinada disposición en materia de seguridad social, cuando esta ha impuesto un requisito que el juez de la Carta encuentra contrario a preceptos superiores, por ser abiertamente regresivo. Con fundamento en el principio de progresividad, aunado a los demás principios constitucionales, esta Sala estimó que «...el juez debía abstenerse de aplicar la disposición regresiva sobre el requisito de fidelidad, aún frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad, en las hipótesis en que ella se constituya en un obstáculo para la realización de la garantía pensional» CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540.”

De conformidad con el precedente citado se tiene que de vieja data y desde la expedición de la sentencia No. 42540 del 20 de junio de 2012, nuestro máximo órgano de cierre ha venido señalando que se debe inaplicar la disposición regresiva del requisito de fidelidad inclusive frente a situaciones consolidadas antes de la declaratoria de inexequibilidad en tanto esta se constituya en un impedimento para el reconocimiento pensional.

Bajo el anterior entendimiento y como quiera que, en este caso, no es objeto de controversia que la señora Madely Martínez Vides y Evelyn Tatiana Soto Martínez, son beneficiarias del señor Leivi Soto Gutiérrez, en su calidad de compañera permanente e hija del causante y toda vez que el señor Leivi Soto Gutiérrez, cumplía con las 50 semanas cotizadas en los 3 años anteriores al fallecimiento, se procederá a confirmar la decisión del a quo respecto al reconocimiento pensional.

También, se mencionó por el apoderado de Porvenir S.A., que la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, había sido clara en indicar que cuando se daba aplicación rigurosa de la ley no había lugar a la condena por intereses moratorios, al respecto se tiene que, en la sentencia mencionada en líneas anteriores, también se abordó lo relacionado con la causación de intereses moratorios cuando estaba en controversia la aplicación no de la sentencia C-556 de 2009, señalando frente a ello, lo siguiente:

“(…)

1. *Luego, la actuación de la entidad demandada, a la fecha de la contestación de la demanda inclusive (3 de oct. de 2011), estuvo amparada en una preceptiva de orden legal vigente para el momento en que falleció el afiliado, en tanto que la inaplicación del principio de fidelidad en los casos de los afiliados fallecidos antes de la sentencia de inexequibilidad CC C-556 - 2009 ha sido el resultado de la argumentación que expone la jurisprudencia para resolver el derecho a la pensión de sobrevivientes en estos eventos (CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540). Situación que, al 3 de octubre de 2011, justificaba el proceder de la pasiva y la excluía de ser calificada de morosa.*

De tal suerte que el actuar de la pasiva al negar la pensión estuvo sustentado en un precepto legal y, en estos casos, desde el 2013, la jurisprudencia laboral tiene establecido que no procede la condena por intereses moratorios. Así lo dijo la Corte desde entonces:

(…)

Es de advertir por la Sala que la solución sería contraria y se ordenarían los intereses moratorios si la negativa del reconocimiento de la pensión por incumplimiento del requisito de fidelidad se hubiese presentado con posterioridad a la sentencia CSJ SL de 20 de jun. de 2012, no. 42540, puesto que, con esta sentencia, se dispuso que los jueces debían inaplicar ese requisito como presupuesto para causar el derecho pensional, lo cual quedó visto que no se da en el caso de autos, dado que la contestación de la demanda ocurrió antes de la citada decisión.”

Atendiendo el anterior pronunciamiento y dado que se observa que si bien en este caso, ante la primera reclamación que se presentó por la demandante Madely Martínez Vides en su propio nombre y por la menor Evelyn Tatiana Soto Martínez, el 14 de julio de 2009 (fl. 78-88), se recibió respuesta negativa el 29 de octubre de 2009, por cuanto no se cumplía con el requisito del 20% de fidelidad en las cotizaciones al Sistema General de Pensiones (fl. 22-23), razón por la cual, con posterioridad proceden a efectuar la devolución de saldos, mediante comunicación del 7 de marzo de 2011 (fl. 93), dada la fecha de expedición de la negativa al reconocimiento pensional, se tiene que tal situación se enmarcaría dentro de los eventos en que no prosperaría los intereses moratorios por considerarse que estaba actuando bajo el amparo de una preceptiva legal.

No obstante, se tiene que en este asunto se presentó una segunda reclamación por la señora Madely Martínez Vides, el 28 de marzo de 2018 (solo en su favor), la cual fue negada nuevamente en comunicación del 12 de junio de 2019, respuesta que se otorgó con ocasión de una acción de tutela instaurada, indicando que la petición se rechazó por improcedente al haberse previamente reconocido devolución de saldos, sin que se presentara ninguna reconsideración.

El anterior argumento, fue reiterado en la contestación de la demanda junto con lo expuesto frente al incumplimiento de los requisitos de la normatividad exigidos para la época, sin que exista justificación para la negativa, pues también se tiene sentado que la devolución de saldos efectuada no es óbice para que se pueda reconocer el derecho pensional con posterioridad si se acreditaba tener el derecho, como se desprende de lo expuesto en diversos pronunciamientos jurisprudenciales, tales como en las sentencias SL3186-2015, SL6558-2017 y SL3464-2019.

En esa medida se mantendrá la condena de los intereses moratorios, pero se modificará la decisión en el sentido de establecer que su causación se generó a favor de Madely Martínez Vides, a partir del 28 de julio de 2018, teniendo en cuenta que el término para resolver las solicitudes de reconocimiento pensional que amparan el riesgo de vejez es de 4 meses siguientes a la fecha de la radicación de la solicitud.

Finalmente y frente al reparo expuesto por el apoderado de la parte actora frente a la prescripción aplicada a las mesadas pensionales de Evelyn Soto Martínez, pues refirió que en su caso los términos de prescripción corrieron en forma distinta, como quiera que cuando el causante falleció su representada Evelyn Tatiana Soto Martínez, era menor de edad y contaba con solo 8 años de edad, razón por la que en este caso el fenómeno prescriptivo empezaría a correr solo cuando se hubiese cumplido la mayoría de edad, señalando

que acaecido este hecho se presentó la demanda dentro de los 3 años que consagra la norma.

Sobre el particular, resulta pertinente recordar que la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL1365-2020, radicación No. 73158 del de abril de 2020, aclaró lo relacionado con la prescripción de derechos laborales en favor de menores de edad, en los siguientes términos:

(...) no opera la excepción de prescripción, de conformidad con los artículos 2541 y 2530 del CC, los cuales establecen que, respecto de los menores de edad, por su condición de personas especialmente protegidas, no corre el término extintivo de la prescripción; es decir, que en su caso opera la suspensión mientras estén en imposibilidad de hacer valer sus derechos, esto es, hasta cuando alcancen la mayoría de edad, sin consideración a que cuente o no con representante legal o que este actúe de manera eficiente o no lo haga. Así lo ha explicado la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia CSJ SL10641-2014 en la que se recordó el criterio expuesto en las decisiones CSJ SL 11 dic. 1998, rad. 11349 y CSJ SL 30 oct. 2012, rad. 39631, al señalar lo siguiente:"

Así las cosas, como quiera que Evelyn Tatiana Soto Martínez, en efecto era una menor de edad, cuando su padre falleció y lo seguía siendo cuando su madre, la señora Madely Martínez Vides, en su representación, elevó solicitud para el reconocimiento pensional en 2009, obteniendo respuesta negativa de la entidad en la misma anualidad y toda vez que la joven Soto Martínez, cumplió la mayoría de edad, el 24 de noviembre de 2017, en el presente caso no operaba la prescripción, por cuanto la demanda fue presentada el 25 de julio de 2019, de manera que no habían transcurrido los 3 años de que trata el artículo 488 del C.S.T. y 151 del C.P.T y S.S., razón por la cual se revocara la decisión de primera instancia, y en su lugar, se tendrá como no probada la excepción de prescripción respecto de Evelyn Tatiana Soto Martínez, por lo que Porvenir S.A. deberá reconocer y pagar las mesadas pensionales causadas desde el día siguiente a la

fecha de la muerte del señor Leivi Soto Gutiérrez (25 de septiembre de 2008).

Costas en esta instancia a cargo de la demandada.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de octubre de 2020, para en su lugar declarar no probada la excepción de prescripción respecto de Evelyn Tatiana Martínez Soto, de conformidad con lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 7° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de octubre de 2020, en el sentido de condenar al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes a favor de la joven Evelyn Tatiana Martínez Soto, a partir del 26 de septiembre de 2008, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 9° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de octubre de 2020, en el entendido que los

intereses moratorios se causan es en favor de la demandante Madely Martínez Vides, a partir del 28 de julio de 2018.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida.

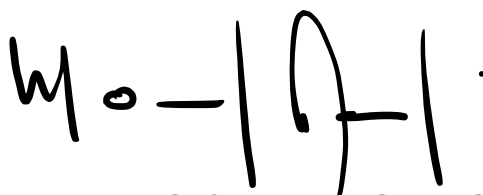
QUINTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de \$400.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por JOSE GABRIEL
CAPERA CAPERA contra GENERAL FIRE CONTROL S.A.**

RADICADO: 11001 3105 020 2019 00618 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del
Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de
apelación presentado por la parte actora, respecto de la
sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito
de Bogotá D.C., el 10 de diciembre 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 8 de agosto de 2016 y el 30 de mayo de 2018 y que el mismo terminó mediante renuncia motivada o despido indirecto imputable al empleador, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar la indemnización por despido indirecto, los salarios adeudados desde el 1°/04/2019 al 30/05/2019, prestaciones sociales por el periodo comprendido entre el 01/01/2019 – 30/05/2019, vacaciones por el periodo comprendido entre el 08/08/2017 – 30/05/2019, indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T. y a devolver los dineros ahorrados en el fondo de empleados junto con los intereses generados y a las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones mencionó que suscribió contrato de trabajo a término fijo por 3 meses, desde el 08/08/2016 hasta el 07/11/2016, prorrogado por 3 veces en periodos iguales y luego a 1 año, siendo prorrogado así hasta el 08/08/2019, no obstante, el contrato rigió hasta el 30/05/2019 fecha en que presentó renuncia motivada por el no pago de 4 quincenas atrasadas, igualmente, refirió que se desempeñó como técnico en mantenimiento y proyectos, devengando un salario de \$1.350.000, también indicó que la demandada mediante fondo de empleados hacia descuento por nómina para ahorro, a partir de 01/09/2016 hasta el 15/07/2018 por valor de \$100.000 quincenales, que solicitó préstamo al mencionado fondo, el cual fue negado, por lo que

solicitó la devolución de lo ahorrado, efectuándosele pagos parciales por \$1.700.000 estando pendiente una devolución de \$2.975.000.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 25 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 50, 57, 62, 64, 66 del C.S.T., el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 y el artículo 50 del C.P.T y S.S., así mismo, trajo a colación las sentencias SL3563 -2017 de la C.S.J, S.C.L y C-893 de 2001 de la C.C.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

General Fire Control S.A., contestó la demanda, como se observa a folios 104-107, señalando que se oponía a las pretensiones de la demanda, excepcionando buena fe ya que al trabajador se le venían realizando todos los pagos de las prerrogativas laborales pero debido a la crisis económica que atravesaba la empresa fue imposible cumplir con los pagos en la misma periodicidad, resaltando que no se había rehusado a realizar el pago de las sumas adeudadas siendo que estaba pasando por un momento de crisis económica siendo requerido no solo por el demandante, sino por otros trabajadores y entidades bancarias.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 10 de diciembre de 2020, el Juzgado Veinte del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOSE GABRIEL CAPERA CAPERA como trabajador y la sociedad GENERAL FIRE CONTROL S.A como empleadora, existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año el

cual se prorrogó automáticamente y estuvo vigente en el periodo comprendido entre el 08 de agosto de 2016 y el 30 de mayo de 2019, devengando como último salario la suma de \$1.350.000, conforme a las consideraciones de la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: *CONDENAR a la sociedad GENERAL FIRE CONTROL S.A a pagar al señor JOSE GABRIEL CAPERA CAPERA la suma de \$3.024.000 por concepto de indemnización por despido indirecto, según art. 64 del C.S.T. conforme la motivación realizada en precedencia.*

TERCERO: *En la misma línea, como quiera que el empleador no demostró haber cancelado los salarios correspondientes a los meses de abril y mayo del año 2019 al demandante, se CONDENARÁ a la demandada GENERAL FIRE CONTROL S.A a pagar al señor JOSE GABRIEL CAPERA CAPERA la suma de \$2.700.000 por tales conceptos.*

CUARTO: CONDENAR *a la sociedad GENERAL FIRE CONTROL S.A, a reconocer y pagar a favor del señor JOSE GABRIEL CAPERA CAPERA las siguientes sumas de dinero, por los siguientes conceptos:*

CESANTIAS AÑO 2019	\$562.800
INTERESES A LAS CESANTIAS 2019	\$28.125
PRIMAS 2019	\$562.500
VACACIONES 2017	\$234.361
VACACIONES 2018	\$675.000
VACACIONES 2019	\$281.000

De acuerdo con lo expuesto en precedencia.

QUINTO: CONDENAR *a la sociedad GENERAL FIRE CONTROL S.A, a devolver al señor JOSE GABRIEL CAPERA CAPERA los dineros descontados con destino al fondo de empleados y no reintegrados a la terminación del contrato de trabajo en la suma de \$2.975.000 junto a los intereses que hubiesen generado los mismos. Conforme lo expuesto.*

SEXTO: ABSOLVER *a la sociedad GENERAL FIRE CONTROL S.A de las demás pretensiones incoadas en su contra.*

SEPTIMO: CONDENAR *en costas a la sociedad GENERAL FIRE CONTROL S.A. Tásense incluyendo como agencias en una suma equivalente a 1 SMMLV."*

Como fundamento de su decisión argumentó que la demandada no desvirtuó que la renuncia del trabajador hubiere ocurrido por el no pago de 4 quincenas atrasadas, pues refirió que por la crisis económica que afrontaba la empresa no pudo continuar cancelando los pagos como se venía efectuando, por lo que atendiendo lo señalado en el numeral 6 del literal b del art. 62 y 63 del C.S.T. y lo dispuesto en el numeral 4 del artículo 57 del C.S.T. existió una justa causa para dar por terminado el contrato por el trabajador resultando procedente la indemnización por despido injusto

reclamada, en igual sentido, y dado que no existía soporte de pago de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones reclamadas se ordenó su pago, lo cual también se ordenó respecto de la devolución de saldos del fondo de empleados al no acreditarse la existencia de autorización para la realización de descuento, finalmente, respecto al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T indicó que la misma no era automática y debía demostrarse la mala fe de la empresa en el pago de las acreencias y si bien era cierto que se adeudaban salarios y prestaciones, la demandante en el interrogatorio de parte aceptó la crisis económica de la empresa y la mora del pago de proveedores, lo cual también había relatado el representante legal de la demandada, por lo que se consideraba que existían motivos razones que justificaban el actuar frente al trabajador subordinado, lo que incluso llevo a proponer una conciliación con los mismos elementos de la empresa por lo que no se podía concluir mala fe.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora, formuló recurso de apelación parcial en lo respectivo a la negativa de acceder a la indemnización moratoria de que trata el art. 65 del C.S.T., pues si bien se tuvo en cuenta una declaración en donde se indicaba que la demandada atravesaba una mala situación económica que no le permitía pagar los salarios, esto no configuraba una causa de absolución, pues la parte demandada no probó de ninguna manera que el hecho de no retribuir las prestaciones sociales en término se pueden

endilgar a una buena fe simplemente por el hecho de no contar con los dineros productos de los contratos con los demás proveedores y no se le dio la debida valoración probatoria al representante legal cuando dijo que desde el 2018 la empresa viene faltando a su compromiso legal de cubrir salarios endilgando a un gerente por haber realizado mal los contratos lo cual en ningún caso le corresponde asumir al trabajador y no resultaba consecuente que se generara responsabilidad por despido indirecto y se generaba absolución de la indemnización moratoria.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en este asunto resulta procedente la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término fijo de 3 meses, cuyo periodo inicialmente pactado estuvo comprendido entre el 8 de agosto de 2016 y el 11 de noviembre de 2016; ii) que el contrato se prorrogó hasta el 8 de agosto de 2019, no obstante, finalizó el 30 de mayo de 2019, por renuncia motivada ante el no pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones; iii) que el demandante se desempeñó como técnico en mantenimiento y proyectos y iv) que el último salario devengado ascendió a \$1.350.000.

En primer lugar, debe indicarse que nuestro máximo órgano de cierre en diversas oportunidades ha señalado que la sanción moratoria no es automática, pues para su aplicación se debe analizar si la conducta desplegada por el demandado estuvo acompañada o no de buena fe.

En esa medida y previo a valorar si la conducta estuvo revestida de buena fe o no, lo primero que debe señalarse es que la crisis económica per se no justifica las omisiones del empleador ni permiten descartar su mala fe, tal y como se evidencia de lo señalado entre otras en la sentencia de la C.S.J., S.C.L., SL-1885-2021 del 11 de mayo de 2021, en donde se indicó:

“(…)

Para finalizar, esta Corte resalta que, aunque la Fundación recurrente pretende invocar razones de tipo económico y de crisis financiera para justificar la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones como empleador, tales motivos no son atendibles ni permiten descartar su mala fe en la forma de ejecución de la relación de trabajo, tal como lo ha sostenido esta Sala, por ejemplo, en decisión CSJ SL, 24 ag. 2010, rad. 38189, en la que se discutía un asunto similar contra esta misma accionada:

En primer término, es preciso señalar que la discusión se enfoca en establecer si el incumplimiento de la entidad universitaria en el pago de las obligaciones laborales, que se encuentra fuera de discusión desde la contestación de la demanda, lleva a concluir con el superior que el actuar de la demandada no estuvo asistido de la buena fe, habida cuenta que no demostró el pago total de las prestaciones sociales...o, con la demandada recurrente, que no puede endilgarse mala fe ... al tardarse en el pago de tales sumas, ...pues mi representada no sólo ha reconocido tal obligación, sino que en la medida de la situación financiera de la empresa, realizó los primeros pagos que se vieron interrumpido(sic) por la presentación e inicio de la demanda.

No aparece en modo alguno justificable del incumplimiento en el pago de las obligaciones laborales las dificultades financieras que pudiere afrontar un empleador, y, menos aún, como en el sub lite, que no honre sus propios compromisos resultantes de un acuerdo realizado con las demandantes posterior a su incumplimiento inicial; además, que disculpe la falta de cancelación del saldo insoluto en la acción judicial a la que se vieron obligadas a incoar las actoras para reclamar el pago total de sus acreencias.

Dista la conducta de la demandada de un proceder ajustado a la buena fe que la ley demanda de los contratantes y que exige al empleador que, sin dilaciones ni excusas, responda a sus deberes contractuales en la

oportunidad debida y en las sumas que con suficiencia paguen las obligaciones dinerarias resultantes del vínculo que ató a las partes.”

Descendiendo en el análisis, lo primero que debe señalarse es que la demandada no allegó prueba que soportara la crisis económica que afrontaba la empresa para la época de la renuncia del trabajador, siendo que con fundamento en ello es que justificaba el no haber podido honrar sus obligaciones laborales, debiéndose señalar que si bien el demandante mencionó en su interrogatorio de parte que la demora en el pago de los salarios se generó por cuanto los clientes se demoraban en pagar y la empresa se encontraba mal financieramente, no es posible establecer cual era el grado de afectación y las medidas adoptadas por la empresa para conjurar la situación y evitar la afectación de sus trabajadores.

Aunado a lo anterior, tampoco puede pasarse por alto lo aludido por representante legal de la demandada en el interrogatorio de parte vertido, respecto a la situación ocurrida en la empresa, señalando que a mediados de 2018, hubo un gerente que dejó la empresa endeudada en mucho dinero y dejó firmados unos contratos que no daban el flujo de caja, pues contaba con que los bancos los iban a seguir financiando pero hubo un momento en que estos no les prestaron más, parándose las obras, a raíz de lo cual por la demora en la ejecución de las mismas los clientes no pagaban, pues si desde esa época se advertía un detrimento que iba a afectar los pagos se debieron tomar acciones, pues no hacerlo iría en contravía de lo que un empleador diligente debe hacer para manejar las crisis económicas, ya que en estos eventos

se debe optar por reestructuraciones a efectos de mantener el personal que efectivamente pudiera soportar, por lo que continuar con la contratación de la demandante bajo este marco y a sabiendas de la situación de la compañía, a juicio de esta sala no deja entrever buena fe, nótese que el artículo 28 del C.S.T. establece que “El trabajador puede participar de las utilidades o beneficios de su empleador, pero nunca asumir sus riesgos o pérdidas”, lo que apunta a que debe estar preparado para el manejo de crisis económicas y ser diligente en el mismo a efectos de evitar que ello pueda acarrear consecuencias para sus trabajadores.

Por las razones anteriores, se procederá a revocar la decisión del a quo frente a la negativa de conceder la indemnización moratoria reclamada, toda vez, que no se encontraron acreditadas razones atendibles para que el empleador se sustrajera de cumplir con las obligaciones que le asistían durante y a la terminación de la relación laboral.

En ese orden de ideas y como quiera que en este asunto quedó acreditado que la terminación del contrato acaeció por renuncia motivada que presentara el demandante, el 30 de mayo de 2019, que el salario devengado por el mismo ascendía a \$1.350.000 y que la demanda fue presentada dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato¹, se tiene que atendiendo lo señalado en el artículo 65 del C.S.T., se condenará a la demandada a pagar, una suma igual al salario diario por cada día de retardo en el pago hasta por 24 meses, contados desde el día siguiente a la terminación del contrato,

¹Dado que la demanda se presentó a reparto el 29 de agosto de 2019.

y, a partir de la iniciación del mes 25, al pago de intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria hasta la fecha en que se efectúe el pago, intereses que se calcularán sobre las sumas debidas por concepto de salarios y prestaciones en dinero, tal y como se desprende de lo señalado en la norma y en la sentencia de la C.S.J, S.C.L. de radicación No. 70860 del 5 de septiembre de 2018.

Así tenemos que los 24 meses de indemnización corrieron en este caso, desde el 1° de junio de 2019 hasta el 30 de mayo de 2021, por lo que luego de la efectuada la operación aritmética se tiene que la indemnización moratoria asciende a \$32.400.000, causándose por tanto intereses de mora desde el 1° de junio de 2021 y hasta cuando se verifique el pago.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el numeral 6° de la sentencia proferida por el Juzgado Veinte Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de diciembre de 2021, para en su lugar, **CONDENAR** a la empresa demandada General Fire Control S.A. a pagar en favor del demandante José Gabriel Capera Capera, la

indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por valor de \$32.400.000 y a partir del 1° de junio de 2021, a los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se verifique el pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por SUSAN
VERONICA DUARTE contra INVERSIONES MAJILA S.A.S.**

RADICADO: 11001 3105 021 2017 00737 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós
(2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., procede a resolver el recurso de apelación presentado por la actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo a término fijo, el cual terminó sin justa causa por parte del empleador, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar: prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido injusto, sanción por la no consignación de cesantía a un fondo, indemnización moratoria, lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones, mencionó que ingresó a laborar como jefe de operaciones y servicios en el restaurante Beirut, el 22 de noviembre de 2013, por un periodo fijo de un año, que el salario mensual era de \$700.000 mas un pago permanente de propina por valor de \$800.000, que laboraba de domingo a domingo con un día de descanso (martes), que cumplía el siguiente horario: lunes, miércoles y jueves de 11:00 am a 10:00 pm, los viernes y sábados de 11:00 am a 11:00 pm y los domingos de 10:00 am a 4:00 pm, pero como su cargo era de dirección confianza y manejo debía estar disponible las 24 horas del día y cubrir las ausencias, que nunca le pagaron horas extras, ni recargos dominicales, ni nocturnos y que el despliegue de situaciones calumniosas conllevaron a que renunciara motivadamente el 28 de noviembre de 2014, ante al acoso laboral evidente, siendo aceptada su renuncia el 10 de diciembre de 2014.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 62, 65, 86, 87, 89 y 249 del C.S.T y el inciso 3° de la Ley 50 de 1990.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Inversiones Majila SAS, contestó la demanda, como se observa a folios 224 a 234 del expediente, señalando que se oponía a las pretensiones de la demanda, por cuanto el contrato de trabajo no terminó por causa imputable al empleador y dado que cancelaron a la trabajadora la totalidad de sus devengos laborales y prestacionales, entonces no había lugar a pretender las indemnizaciones referidas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido y prescripción.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de febrero de 2021, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la señora SUSAN VERÓNICA DUARTE RODRIGUEZ y la sociedad INVERSIONES MAJILA S.A.S. desde el 22 de noviembre de 2013 hasta el 10 de diciembre de 2014.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de cobro de lo no debido y prescripción propuestos por la pasiva.

TERCERO: NEGAR LAS PRETENSIONES de la demanda presentadas por la señora SUSAN VERÓNICA DUARTE RODRIGUEZ contra la sociedad INVERSIONES MAJILA S.A.S.

CUARTO: CONDENAR a la demandante en COSTAS. Liquidense con la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSULTESE la presente sentencia con el Superior, en el evento de no ser objeto del recurso de apelación por el extremo demandante.

Como fundamento de su decisión argumentó respecto a las propinas, que las mismas no constituían salario, tampoco se observó que se recibieran permanentemente \$800.000 y no se probó que el pago realizado por las mismas fuera de otro tipo que generara su inclusión salarial, tratándose de horas extras mencionó que debía existir claridad en su demostración y no existiera duda en las circunstancias de tiempo, modo y lugar, aspecto que no logró establecerse en este caso, frente a la indemnización por despido indirecto, aludió que las razones aducidas en la carta como configurantes de la renuncia eran genéricas y si bien en la demanda se determinaron unas circunstancias más específicas, esa no era la oportunidad para hacerlo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante, presentó recurso de apelación formulando reparos frente a los siguientes aspectos, el primero relacionado con la carga exagerada de labores de la demandante, debiéndose tener en cuenta que en la declaración del señor Alejandro Rincón, indicó que a su salida del país le había pedido a la demandante le ayudara sin dejar sus labores en Beirut en el otro establecimiento Gyros Kebab, y luego mintió diciendo que la habían pasado a Gyros sin precisar en jefatura de quien quedó, además indicó que la demandante trabajó de 10:00 am a 11:00 pm refiriendo que solo laboraba 8 horas al día, cuando la auditora en el acta de descargos le mencionó si tenía claro que la hora de descanso era de una hora, de lo que se podía establecer que si había unas horas extras, además que en los correos del 8 y 9 de

noviembre de 2014, se había indicado que el horario de comida era de 5-6 pm de lunes a viernes y domingos de 12:00 a 12:30 con ingreso a las 9:00 am, aunado a lo anterior, señaló que en el pliego de cargos formulado por descuido de labores, en razón a que se llevó una comida quemada y partida, lo que resultaba curioso, pues durante un año no existieron mas pruebas de que otro cliente se hubiera quejado, siendo que ella no era quien preparaba la comida y sin que se le corriera pliego de cargos a la jefe de cocina y cocineras, lo que demostraba el hostigamiento y persecución que llevó a la actora a renunciar, finalmente, resaltó que para probar la regularidad de los pagos, la demandada anexó copias de los desprendibles de la primera quincena, pero no se aportó el desprendible de la segunda quincena en donde se pagaban las propinas, siendo curioso que los pagos de la segunda quincena siempre eran los mismos, por lo que se disfrazó el pago bajo la existencia de propinas, adicionalmente indicó que los testimonios de las 2 empleadas debían tomarse con beneficio de inventario, pues fueron las únicas que se presentaron a declarar pese a haberse citado otros, las cuales llevaban un tiempo importante de servicios para la demandada.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar que durante el contrato que existió entre las partes, se laboró horas extra, si

las propinas recibidas constituían o no salario y si en este caso se configuró o no un despido indirecto.

En primer lugar, debe indicarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo inferior a un año (3 meses), por el periodo comprendido entre el 22 de noviembre de 2013 y el 22 de febrero de 2014; ii) que la demandante presentó renuncia el 27 de noviembre de 2014; iii) que el contrato estuvo vigente hasta el 10 de diciembre de 2014 y iii) que la liquidación final de prestaciones sociales fue pagada a la demandante.

Para resolver lo pertinente, lo primero que se debe señalar es que tratándose del trabajo en tiempo suplementario, de vieja data se ha sostenido por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que es necesario demostrar la real y efectiva prestación del servicio en dicho tiempo para que proceda su reconocimiento, sin que sea factible tener un patrón de horas y su contabilización por todo el tiempo de servicios, pues debe ser el resultado de una demostración concreta de cada una de las horas reclamadas, tal y como se ha señalado entre otras en sentencia SL8675-2017.

Sobre el particular, debe indicarse que en el escrito de demanda se indicó que la actora trabajaba de domingo a domingo, con descanso los martes, laborando los lunes miércoles y jueves de 11:00 am a 10:00 pm, los viernes y sábados de 11:00 am a 11:00 pm y los domingos de 10:00 am a 4:00 pm, así como, debía estar disponible las 24 horas del

día y cubrir las ausencias, sin embargo, no se precisaron los días por los que se reclamaba el pago del trabajo en tiempo suplementario y tampoco ello puede establecerse de los pruebas allegadas, sin que en todo caso, se pudiera determinar que la actora laborara más allá de la jornada máxima legal, pues el representante legal en el interrogatorio de parte absuelto lo que refirió frente al horario de la demandante, correspondió a que los horarios cambiaban día a día y se compensaban unos con otros, que descansaba un día entre semana y normalmente su horario era de 11:00 a 10:00 pm con un turno partido de entre 2 y 3 horas para que se dieran las 8 horas diarias, los domingos era hasta las 5:00 o 6:00 pm, adicionalmente, del acta de descargos que alude el recurrente de fecha 10 de noviembre de 2014, se desprende que cuando se está hablando del descanso que era de una hora correspondía al turno del 4 de noviembre de 2016, sin definir el horario de ingreso y salida, luego en los cruces de correos electrónicos efectuados entre el 8 y 9 de noviembre de 2014, aunque se advierte que se precisó que los horarios de comida eran de lunes a sábado de 5:00 a 6:00 pm y los domingos de 12:00 a 12:30 medio día, tampoco se determina cual era el horario de ingreso y salida, siendo que en las cláusulas adicionales del contrato de trabajo suscrito se indicó *“de la forma que timbres será liquidada la quincena, entrada, inicio descanso, termino descanso, salida”*, lo que permitía establecer que el horario variaba pues no se determinó un horario fijo, debiéndose en este punto precisar que la demandante conforme se extracta del acta de descargos y correos mencionados era la encargada de coordinar los horarios del personal y existieron diferencias entre las partes

por la marcada o timbrada de las tarjetas, adicionalmente, los testimonios rendidos por las señoras Jenny María Piñeros y María Dilsa Hernández, no ofrecen algún soporte en este sentido en la medida en que no laboraban en el mismo restaurante en el que se prestó la mayor parte de los servicios por la actora y en todo caso la misma demandante en el interrogatorio vertido refirió que su turno u horario cambiaba pues a veces entraba a las 8:00 am y salía a las 5:00 pm y si alguna persona faltaba ello lo asumía, razón por la cual al no existir certeza frente a cada una de las horas extras laboradas, no resulta procedente el pago en tiempo suplementario reclamado.

Respecto a las propinas, debe tenerse en cuenta que en el artículo 2 de la ley 1935 de 2018, se definió su concepto en los siguientes términos: *“Se entiende por propina el reconocimiento en dinero que en forma voluntaria el consumidor otorga a las personas que hacen parte de la cadena de servicios en los establecimientos comerciales de que trata el artículo 1 ° de esta ley, por el buen servicio y producto recibido e independiente del valor de venta registrado.”*, luego no podrían constituir salario por expresa disposición del artículo 131 del C.S.T., como quiera que en este caso el pago no lo hace el empleador sino un tercero (cliente) ajeno a la relación jurídica entre trabajador y empleador, y por así también establecerse en el parágrafo 2 del artículo 5 de la mencionada ley.

Precisado lo anterior, debe señalarse que es claro que la demandante se desempeñó como jefe de operación y servicios principalmente en el restaurante Beirut, encontrándose

dentro de sus funciones el servicio en mesas, calidad en los platos, entre otros tal y como se acreditó con las pruebas allegadas, tales como interrogatorios, testimonios e incluso el acta de descargos y correos electrónicos allegados, siendo evidente que la actividad desplegada por la misma hace parte de la cadena de servicios ofrecida por el restaurante, lo que en efecto causaba el derecho a propina, ahora y si bien, fueron allegados por la demandada lotes de pagos, desde el portal transaccional de la empresa inversiones Majila S.A.S. (fls. 110 -183) en los que figuran algunas transferencias efectuadas por concepto de nómina y propinas realizadas a la demandante, sobre este último rubro se aprecia que hubo variaciones en los valores reconocidos e incluso se presentan meses sin registro de pago las mismas, aunque siempre se reflejó pago de nómina, lo que podría conducir a pagos adelantados y/o acumulados de las mismas, en esa medida y dado que no es posible establecer con certeza que en efecto se trataba de un pago permanente disfrazado como propina o que parte correspondía en efecto a la propina, no queda otra alternativa que confirmar la sentencia, máxime que no se cumplió con la carga probatoria suficiente para acreditar su dicho, pues frente a este asunto nada se allegó al respecto.

Finalmente, y respecto a la indemnización por despido indirecto que se reclama, previamente a entrar a revisar las razones por las cuales el juzgador de primera instancia no encontró probado el mismo y frente a las cuales presentó reparo el recurrente, resulta pertinente acudir a la carta de renuncia que presentó la demandante, la cual cuenta con recibido del 27 de noviembre de 2014, advirtiéndose que los

hechos en que se fundamentó la decisión fueron los siguientes:

“Por medio de la presente estoy presentando mi renuncia a mi cargo como jefe de servicio y operaciones a partir de la fecha, pagando un preaviso según lo estipulado en mi contrato, por 15 días, hasta el 10 de diciembre del presente.

La razón es la falta de ética profesional que he sentido por parte de los cargos superiores, lo que me ha hecho sentir presionada y maltratada psicológicamente, además el desgaste físico al que me han sometido por los horarios extensos con lapsos muy cortos de descanso y otros factores que han impedido mi desempeño a cabalidad.

Lamento tener que irme de esta manera, pero considero que es lo más apropiado para que no se generen mayores problemas a futuro.”

Al analizar la descripción de los hechos configurativos de la renuncia, se evidencia que los mismos obedecen a razones genéricas y abstractas, pues no se precisa cuáles fueron las conductas desplegadas por sus superiores que atentaban contra la falta de ética profesional de los mismos que la hicieron sentir maltratada y/o presionada, así como tampoco, se señalaron cuáles fueron los horarios extensos a los que fue sometida por la demandada.

Así mismo, se advierte que ante la renuncia presentada, la demandada en comunicación del 28 de noviembre de 2014, le aceptó la renuncia a partir del 10 de diciembre de 2014 y solicitó allegar las pruebas que soportaban lo mencionado para revisar el tema, allegándose por la demandante nueva comunicación fechada del 3 de diciembre de 2014, en donde indicó:

“Después de aceptada mi renuncia al cargo de jefe de operaciones y servicio no veo pertinente seguir polemizando sobre las practicas buenas o malas por parte de los directivos, dejando claro que presente dicha renuncia en contra de mi voluntad pues aparte de necesitar un trabajo como cualquier ciudadana colombiana es necesario un ingreso para el buen desarrollo de mis proyectos personales.

Aclaro que si me sentí obligada a renunciar debido a las presiones ejercidas por ustedes los directivos y la auditoria sin argumentos reales, a la manera injusta y mentirosa de evaluar mi labor, a las irregularidades en temas como las propinas, horarios, entre otras. Pero lo mas delicado son las insinuaciones falsas de alterar información que podría afectar tanto su economía, como mi hoja de vida.

Dejo claridad que lo afirmado y no probado da lugar a un delito contemplado en el código penal como injuria y calumnia por lo tanto hay que ser mas cuidadoso con las afirmaciones.

Sabiendo que mi labor fue transparente y honesta tengo la conciencia tranquila; por ello quedo en espera de la fecha y hora en que debo pasar a la oficina respectiva a recibir los montos correspondientes a la indemnización que me corresponde toda vez que mi contrato quedó automáticamente renovado el día 22 de agosto de 2014.

Igualmente las prestaciones que se generan por la renovación precitada, ya que en ningún momento he renunciado de manera voluntaria sino por el acoso laboral del cual soy victima; espero la relación de los pagos oportunos que ustedes como patronos por ley debieron hacer por concepto de salud, pensión, arp y caja de compensación.

Solicito la mayor precisión en mi liquidación para no tener que acudir al ente respectivo a hacer reclamaciones, la cual espero se haga de manera ética, justa y honesta a la cual tengo derecho, del mismo modo pido la orden de ustedes para mi revisión médica de salida tal como lo ordena el código laboral y la certificación en donde conste mi buen desempeño como empleada ordenado por la misma normatividad.

Finalmente lo único que recomiendo para no extenderme en cuanto a lo ético es que si quieren tomar correctivos para no incurrir en los mismos errores se apropien del conocimiento de la ley laboral colombiana que me protege.”

Como se observa, esta nueva comunicación posee las mismas características que la carta de renuncia, pues no se señala cual fue la forma de valorar su labor objeto de reproche, ni se indicaron cuáles fueron las irregularidades en materia de propinas y horarios ni la información que aduce como alterada y las circunstancias de tiempo modo y lugar en que ocurrieron.

Al respecto, debe tenerse en cuenta que el parágrafo del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo (Modificado por el artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965), establece que *“La parte que termina unilateralmente el contrato de trabajo debe manifestar a la otra, en el momento de la extinción, la causal o*

motivo de esa determinación. Posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos”, de manera que se deben precisar las razones concretas por las cuales el trabajador ha tomado la decisión de terminar el contrato imputable al empleador, lo cual exige el detalle de los hechos y las circunstancias de tiempo, modo y lugar, en que ocurrieron los mismos, para establecer las razones específicas de la renuncia y que con posterioridad no puedan aducirse motivos diferentes.

De acuerdo con lo anterior y toda vez que los hechos invocados como configurativos de la terminación del contrato atienden a razones genéricas, situación que podría conducir a que con posterioridad se encuadren hechos o se presenten soportes que no fueron alegados oportunamente, resulta inviable considerar los mismos para analizar la configuración de un despido indirecto, en la medida que podría acarrear determinaciones contrarias a la verdad real, de lo que se pretende encontrar en cada asunto que se somete ante la jurisdicción y en consecuencia al no haber cumplido la demandante con la carga que le exigía la norma, no es posible acceder a la indemnización solicitada.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

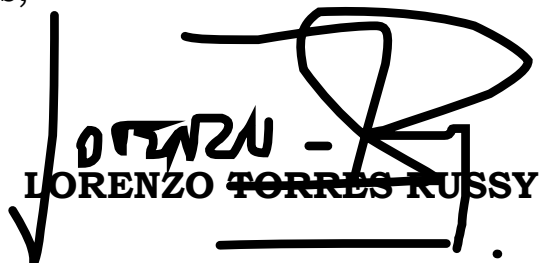
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo
366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARCELINO ROJAS ALVARADO contra CORPORACIÓN AUTÓNOMA REGIONAL DE CUNDINAMARCA - CAR y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

RADICADO: 11001 3105 022 2017 00123 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce al doctor Nicolás Ramírez Muñoz, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.018.463.893 y tarjeta profesional No. 302.039 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderado sustituto de la

demandada COLPENSIONES en los términos y para los fines señalados en el poder conferido.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 13 de noviembre de 2020.

En esta instancia, se allegaron alegatos por el apoderado de Colpensiones, quien refirió que el demandante pretendía la reliquidación de su pensión conforme a la ley 33 de 1985, sin que estuviera en discusión que era beneficiario del régimen de transición, señalando que sobre el particular era oportuno mencionar que la tasa de reemplazo que se aplicaría con la Ley 33 de 1985, era del 75%, mientras que la tasa aplicada con el Decreto 758 de 1990, era el 90%, es decir que esta era la más favorable, precisando que como lo que pretendía el demandante era que se reliquidara la pensión teniendo en cuenta la totalidad de los factores salariales del ultimo año de servicios, no era posible acceder a lo solicitado, conforme a lo establecido en la sentencia SU -230 de 2015, pues el IBL de la pensión se determinaría atendiendo lo señalado en el inciso 3 del art. 36 de la Ley 100/1993 o el art. 21 L.100/1993 según correspondiera, por lo que solicitaba que la sentencia que se expidiera fuera absolutoria.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que el monto de la mesada de la pensión de jubilación reconocida por Colpensiones mediante Resolución No. 313874 de 2013, omitió tener en cuenta los ingresos efectivamente causados en el último año o pluralidad de años de la relación laboral, que se omitió incluir en el monto de la mesada el porcentaje que por cónyuge a cargo le correspondía, que se omitió incluir en el monto de la mesada el porcentaje por necesidad de ayuda de tercera persona, que se efectúe el análisis de cual prestación le era más favorable (vejez-invalidéz), en consecuencia, se condenara a la reliquidación de la pensión de vejez con aumento de mesada y al pago del retroactivo causado, la mesada adicional de junio, los incrementos reclamados (14% y ayuda de tercera persona), la sanción pecuniaria por mora en el reconocimiento de la pensión, a la indexación de las sumas, a las facultades ultra y extra petita y a los gastos y costas procesales.

En sustento de sus pretensiones mencionó que se vinculó como trabajador oficial en la CAR y realizó aportes al SGSS sobre todos los devengos, que para el amparo de los riesgos de invalidez vejez y muerte se afilió al ISS hoy Colpensiones, que al determinar el IBL de la pensión de vejez se omitió tener en cuenta una parte significativa de los devengos, que Colpensiones omitió tener en cuenta que cotizó mas de 500 semanas adicionales a las mínimas requeridas, que el ISS se ha negado sistemáticamente al incremento por cónyuge a cargo, que desde el año 2007 fue diagnosticado con

Parkinson, por lo que necesita ayuda permanente de una tercera persona, siendo negado sistemáticamente el reconocimiento y pago del porcentaje por necesidad de asistencia de tercera persona y que por el estado de salud y diagnóstico era necesario el estudio para la determinación de la PCL, origen de la enfermedad y fecha de estructuración.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1, 2, 4, 5, 6, 11, 13, 21, 22, 23, 25, 38, 39, 48, 53, 55, 58, 83, 89, 90, 93, 95 y 209 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 17 y ss. de la ley 6 de 1945, Decreto 797 de 1949, el Acuerdo 049 de 1990 (aprobado por el Dto. 758/1990), la Ley 33 de 1985, la Ley 4 de 1992, el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y los artículos 1, 2, 4, 6, 25 y ss. del C.P.T. y S.S.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda cómo se observa a folios 104-120 del expediente, en dónde manifestó que se oponía a la reliquidación de la pensión, por cuanto las operaciones aritméticas que se realizaron para determinar el IBL se basaba en los aportes efectivamente realizados en el RPM, los cuales incluían todos los factores salariales para realizar la liquidación del respectivo derecho pensional, que la prestación fue liquidada conforme al promedio de lo devengado en los últimos 10 años atendiendo lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, ya que el IBL no fue objeto de transición, que al IBL fue aplicada la máxima tasa de reemplazo (90%), que no se cumplían los requisitos que exigía el artículo 21 del Acuerdo 049 de 1990 (14%), que el

porcentaje por necesidad de ayuda de tercera persona no existía en las normas que regulaban el sistema pensional, que al demandante ya le había sido reconocida pensión de vejez y si pretendía reconocimiento de la pensión de invalidez, esta era incompatible con la pensión de vejez, conforme al artículo 13 de la Ley 100/1993. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe de Colpensiones, no configuración al derecho al pago del IPC ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, pago, carencia de causa para demandar, compensación, prescripción, innominada o genérica, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 13 de noviembre de 2020, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de todas las pretensiones incoadas por MARCELINO ROJAS ALVARADO identificado con cédula de ciudadanía No. 3.248.984 por las razones que se indicaron en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada las excepciones de inexistencia del derecho y cobro de lo no debido.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante fijando como agencias en derecho la suma de \$100.000; por secretaría efectúese la respectiva liquidación en la oportunidad procesal pertinente.

CUARTO: Remítase el expediente al tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de su decisión, argumentó que para determinar si le asistía derecho a la reliquidación solicitada

por el actor lo primero que debía determinarse era si en este caso le era más favorable la pensión de invalidez que el actor reclamaba o la de vejez que ya le había sido reconocida, tratándose de la pensión de invalidez refirió que no se cumplía con el requisito de las 50 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración y sin que se pudiera aplicar la condición mas beneficiosa, de otra parte, respecto a la no inclusión de todos los factores devengados en el último año de servicios para determinar el IBL de la pensión de vejez, se indicó que no era objeto de discusión que la pensión había sido reconocida en aplicación del régimen de transición del Art. 36 L.100/93 (Ado. 049/1990), beneficio que consistía en mantener el régimen anterior conservando 3 aspectos (edad – tiempo servicios y/o semanas – monto “tasa de reemplazo”), precisando que el IBL no se contempló por lo que se regiría por el art. 21 L.100/1993 y dado que no se allegó certificación o prueba que permitiera establecer los factores devengados y el valor de los mismos, no se cumplió con la carga probatoria, luego, frente al incremento por cónyuge a cargo (14%), indicó que atendiendo lo señalado en la sentencia SU-140/2019, al haberse adquirido la pensión con posterioridad a la entrada en vigencia de la 100 de 1993 (1°/04/1994), no se tenía derecho a los mismos, finalmente, respecto a la mesada 14, se señaló que a partir de la vigencia del Acto legislativo 01 de 2015, solo se reconocerían 13 mesadas al año, sin que el actor configurara el derecho dentro del límite establecido en el parágrafo 6 transitorio, por lo que la mesada 14 no resultaba procedente.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente determinar que pensión le resultaba más favorable al actor, si la pensión de invalidez o la de vejez que le había sido reconocida, en este último evento, determinar si resultaba viable la reliquidación de la pensión con inclusión de todos los factores salariales, el incremento por cónyuge a cargo (14%), el porcentaje por necesidad de ayuda de una tercera persona y la mesada 14.

Para resolver lo pertinente, lo primero que debe señalarse es que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el demandante nació el 9 de mayo de 1952; ii) que Colpensiones mediante Resolución No. 313874 del 21 de noviembre de 2013, reconoció pensión de vejez al actor, en cuantía inicial de \$694.643 y con efectividad a partir del 9 de mayo de 2012; iii) que Colpensiones mediante Resolución No. GNR 261134 del 16 de julio de 2014, dejó sin efectos la Resolución No. 313874 del 21 de noviembre de 2013, como quiera que *“verificado el sistema general de nómina de pensionados de Colpensiones, se pudo establecer que la prestación reconocida mediante Resolución GNR No, 313874 DEL 21 de 2013 (SIC), no ha sido ingresada”*, por lo que procedió a reconocer pensión compartida¹ de vejez a favor del demandante en cuantía inicial de \$694.630 con efectividad a partir del 9 de mayo de 2012; iv) Que Colpensiones mediante Resolución No. GNR 413359 del 21 de diciembre de 2015, reliquidó pensión de vejez al actor, en cuantía inicial de

¹ Con la Corporación Autónoma Regional de Cundinamarca – CAR.

\$694.636, con efectividad a partir del 17 de octubre de 2012, en aplicación de lo dispuesto en el Ado. 049/1990 por remisión del art. 36 de la Ley 100/1993 (fl. 37-40) y v) que Colpensiones mediante resolución No GNR 74836 del 10 de marzo de 2016, resolvió recurso reposición contra la resolución No. GNR 413359 de 2015 y mediante Resolución No. VPB 22207 del 18 de mayo de 2016, resolvió recurso de apelación contra la resolución mencionada, en las que confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución recurrida.

Para resolver, lo primero que debe señalarse es que se advierte que al demandante le fue reconocida efectivamente pensión de vejez por parte de Colpensiones desde el 16 de julio de 2014 (con efectividad desde el 9 de mayo de 2012), de esa manera, y como quiera que en este caso la Junta Regional de Calificación de Invalidez, mediante dictamen del 8 de noviembre de 2019, determinó una PCL sufrida por el actor del 74,76% de origen común con fecha de estructuración del 27 de noviembre de 2014 (fl. 155-157), se tiene que previo a la determinación y estructuración de la invalidez, ya se había configurado el derecho a la pensión de vejez y se había reconocido la mencionada pensión, lo que de entrada descarta la posibilidad de haberse hecho acreedor de la pensión de invalidez y por tanto determinar si ésta le resultaba más favorable, máxime que la prestación que se reclamó por el demandante en su momento fue la pensión de vejez.

De otra parte y en lo que respecta a la solicitud de reliquidación de la pensión de vejez, teniendo en cuenta todos

los ingresos, prebendas, acreencias efectivamente causadas durante el último año de servicios o durante toda la vida laboral, tales como prima de navidad, vacaciones, prima de antigüedad, bonificación por vacaciones y vacaciones compensadas en dinero, prima especial de servicios, bonificación por servicios prestados, subsidio de alimentación, auxilio de transporte, quinquenio, entre otros, debe tenerse presente que no se allegaron certificaciones y/o comprobantes de los factores devengados por el demandante y sus valores en la relación laboral que sostuvo con la CAR, lo que impide entrar a determinar si los mismos fueron o no tenidos en cuenta al momento de realizar los aportes al sistema general de seguridad social.

Aunado a ello, conviene recordar que de vieja data se ha señalado por nuestro máximo órgano de cierre, que el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, conservó para sus beneficiarios la aplicación de la normatividad anterior para determinar el derecho a la pensión, en lo relativo a tres aspectos: la edad, el tiempo de servicios o semanas cotizadas y el monto de la prestación (entendida como el monto de reemplazo), mas no lo correspondiente al IBL, el cual se regularía por lo señalado en la Ley 100 de 1993², así las cosas, como a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones al accionante le hacían falta más de diez años para adquirir el derecho, la norma que regulaba el IBL es el artículo 21 de la Ley 100/93, que se refiere al promedio de los salarios cotizados durante los 10 años anteriores al reconocimiento de la pensión, actualizados con base en la variación del índice de precios al

² CSJ SL-34932018 (51802), 22/08/2018.

consumidor, precisando que en los eventos en que el interesado continuara trabajando con posterioridad a causar la pensión, se debía calcular el ingreso base de liquidación con inclusión de la última cotización³, aspectos aplicados por Colpensiones conforme se advierte de las Resoluciones No. GNR 261131 del 14 de julio de 2014 (reconocimiento pensión de vejez) y GNR 413359 del 21 de diciembre de 2015 (reliquidación pensión de vejez).

De otra parte, en lo que respecta al pago de la mesada 14, debe tenerse presente que si bien el inciso 8° del artículo 1° del Acto Legislativo 01 de 2005, determinó: *“Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”* y aunque en el párrafo transitorio 6° del mismo artículo, se señaló: *“Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año”*, no puede pasarse por alto que el demandante acreditó el cumplimiento de los requisitos con posterioridad al 31 de julio de 2011, por lo que la pensión del demandante no podía ser reconocida en 14 mesadas pensionales como se reclama.

³ CSJ SL3113-2019.

En lo que respecta al incremento del 14% por cónyuge a cargo, debe tenerse presente que en efecto la Corte Constitucional mediante sentencia SU-140 de 2019, indicó que los incrementos pensionales que previó el artículo 21 del Decreto 758 de 1990, fueron objeto de derogatoria orgánica a partir de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, y que el derecho a los mismos solo se mantenía para aquellos pensionados que cumplieron los requisitos para adquirir el derecho pensional antes del 1° de abril de 1994, al no encontrarse el demandante en la situación fáctica contemplada para conservar el derecho de los incrementos pensionales, como quiera que el derecho a la pensión se configuró con posterioridad al 1° de abril de 1994, según se desprende de las resoluciones de reconocimiento de la prestación de vejez del demandante, no resultaba procedente el mismo.

Finalmente, respecto al pago de un incremento o porcentaje adicional por ayuda de una tercera persona, en razón de la edad y condiciones de salud del demandante y de su cónyuge, debe tenerse presente que para efectuar el reconocimiento pensional se tiene en cuenta la prestación y la norma que estaba vigente al momento del cumplimiento de los requisitos o causación del derecho, de manera que no es dable solicitar la aplicación de beneficios diferentes a los regulados por la norma que regía el asunto, debiéndose precisar que el Acuerdo 049 de 1990, no contemplaba incrementos distintos a los señalados en el artículo 21 (por hijos hasta los 18 años si eran estudiantes (7%), hijos inválidos no pensionados y dependientes económicamente (7%) y por cónyuge o

compañera dependiente económicamente del pensionado que no disfrutara de pensión (14%)), que como se dijo fueron objeto de derogatoria orgánica, por lo que al no haberse contemplado dicho beneficio en la normatividad que regía el asunto, no resultaba procedente tal solicitud.

En ese orden de ideas y bajo las anteriores premisas se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 13 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR LUIS EDUARDO CONSUEGRA RUIZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 11001 3105 022 2021 00494 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 17 de noviembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES, manifestó que dentro del plenario que la actora se encuentra dentro de la prohibición legal de la que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, que modifico el literal E del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, por lo que no se puede remitir como actuar tozudo por parte del fondo al no aceptar el traslado, toda vez que actuó ajustándose al régimen legal que le precede.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que como se desprende de las pruebas practicadas en el juicio, el fondo privado no logro probar el deber de

información durante la etapa precontractual con el accionante, esto con fundamento en la línea jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende que se declare la ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual administrado por Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a la AFP trasladar la totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual, los gastos de administración y comisiones a Colpensiones y por consiguiente se active su afiliación al RPM. Sustento sus pretensiones, en que inició sus aportes al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que en el mes de agosto de 2000 se trasladó de régimen a la AFP Colfondos S.A., sin que los asesores de dicho fondo la suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 de la Constitución Política, el artículo 90 y siguientes de la Ley 100 de 1993, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°31989 de 2008, 31314 de 2011, 46292 de 2017, 54814 de 2018, 68852 de 2019, 663459 de 2019, 664382 de 2019, 664381 de 2019, 67529 de 2019, 679634 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Entre tanto COLPENSIONES., luego de oponerse a la prosperidad de las pretensiones, preciso que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente la demandante se le hubiese hecho incurrir en error, por parte de la AFP, o de que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento, así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo inconformidad por parte de la actora. Propuso las excepciones 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 y la genérica.

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado en el plenario, donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda. Fundamentó su oposición, al considerar que se brindó a la demandante una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de fondos de pensiones en el régimen de ahorro individual. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción de la acción para solicitar la anulación del traslado, no se presentan presupuestos legales y jurisprudenciales para ser merecedora de un traslado de régimen, buena fe validez de la afiliación al RAIS, compensación, pago, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra sus propios actos, ausencia de vicios en el consentimiento.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 17 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por LUIS EDUARDO CONSUEGRA RUIZ CC. 8.666.091 al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido 04 de agosto de 2000 conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A, fondo al que se encuentra afiliado LUIS EDUARDO CONSUEGRA RUIZ CC. 8.666.091 a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES – los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros y gastos de administración, quien está en la obligación de recibirlos debidamente indexados y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora, conforme quedaron explicado en esta providencia

TERCERO: DECLARAR NO PROBADA las excepciones propuestas por las demandadas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A a la suma de \$1 SMLMV

QUINTO: en caso de no ser apelada la presente decisión por parte de Colpensiones CONSÚLTESE, a su favor ante el Superior inmediato, en los términos del artículo 69 del C.PL y S.S.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en la línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia han defendido la tesis de que las AFP desde su fundación e incorporación al sistema de protección social tienen el deber proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la simetría entre un administrador

experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad implica dar a conocerlas diferentes alternativas con sus beneficios e inconvenientes como podría ser la existencia de un régimen de transición y la eventual pérdida de beneficios pensionales, señaló que en cuanto al simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación se ha dicho que no es suficiente para demostrar ese deber de información, resaltó que la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida en primera instancia al considerar que no se comparte la no aplicabilidad del artículo 2 de la Ley 797 de 2003 que modificó el literal E de la Ley 100 de 1993, aunado señaló que de conformidad con los medios probatorios aportados en el plenario se encuentra que la motivación de la demandante para retornar al régimen de prima media con prestación definida es incrementar el valor de su mesada pensional, sin que exista una falta al deber de información por parte de Colfondos.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias [SL1421-2019](#), [SL1452-2019](#), [SL1688-2019](#) y [SL1689-2019](#), entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A., el 4 de agosto de 2000.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo en el año 2000, la oficina de talento de humano que le informaron que iban cambiar a Colfondos S.A., debido a que el Seguro Social estaba por desaparecer, en consecuencia firmó el formulario de afiliación que le suministro un asesor de dicho fondo.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 17 de noviembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARIA EMMA DE LA CRUZ VELASQUEZ HERNANDEZ contra SERVIAREVALO INTEGRAL Y CIA S.A.S y HILLSIDE FLOWERS S.A.S.

RADICADO: 11001 3105 023 2019 00268 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de abril de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que entre ella y Serviarevalo Integral y Cia S.A.S, existió un contrato de trabajo a partir del 5 de septiembre de 2018 y hasta el día en que se hiciera efectivo el reintegro, igualmente, solicitó que se declarara qué Serviarevalo Integral y Cia S.A.S y su representante legal y la empresa Hillside Flowers S.A.S y su representante legal son solidariamente responsables del pago de sus derechos laborales e indemnizaciones adeudadas y de todo lo relacionado con la relación laboral, que se encontraba en estado de protección laboral reforzada por encontrarse su salud menguada y por tanto no podía ser despedida, en consecuencia, solicitó se condenara a las demandadas al pago de la indemnización de qué trata el artículo 26 de la ley 361 de 1997, a mantener la protección laboral reforzada, al pago de lo que resultare probada ultra y extra petita y a las costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones, manifestó que ingresó a trabajar con la empresa Serviarevalo Integral y Cia S.A.S, el 5 de septiembre de 2018, a través de un contrato de trabajo por labor u obra contratada dentro de la finca de flores Hillside Flowers S.A.S, que se desempeñó como operaria agrícola y el último salario devengado ascendió la suma de \$828.116, así mismo, mencionó que en el transcurso de la relación laboral empezó a sentir dolencias diagnosticadas con osteoartritis generalizada, fibromialgia y hernias discales en columna cervical, que como consecuencia de tales enfermedades, la EPS Famisanar, ordenó agendar una cita con medicina laboral

para que las mismas fueran calificadas, cita que se encontraba pendiente de agendamiento y asignación, que la empresa Serviarevalo Integral y Cia S.A.S, conocía su estado de salud y se pronunció al respecto en acta de fecha del 17 de abril de 2019, no obstante, el 4 de mayo de 2019, dicha empresa le comunicó por escrito la terminación del contrato de trabajo por vencimiento de la labor pactada, finalmente, indicó que mediante fallo de tutela de segunda instancia expedido por el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá, el 10 de julio de 2019, se revocó el fallo de primera instancia y amparó el derecho a la estabilidad laboral reforzada concediendo un término de cuatro meses para iniciar la respectiva acción ordinaria laboral, y que fue notificada del reintegro por Serviarevalo, el 19 de julio de 2019.

Como fundamento normativo, citó el artículo 7 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo y el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, igualmente trajo a colación las sentencias de la corte constitucional T-041 de 2014 y C-744 de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Serviarevalo Integral y Cia S.A.S., contestó la demanda, en dónde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, solicitando la absolución de la empresa como quiera que entre las partes existió un contrato por labor, permitido por la ley en razón a que la relación era temporal, sin que pudiera predicarse la existencia de un contrato realidad frente a las E.S.T. y los trabajadores en misión, pues la permanencia era

relativa y máximo por un año, aunado a ello, refirió que existía una causa objetiva para la terminación, que la relación comercial con Hillside Flowers S.A.S, estaba plenamente respaldada en el contrato comercial a través del cual se asignó personal para atender los picos de producción, también refirió que no existía una demostración de un estado de debilidad manifiesta pues no obraba calificación de PCL, ni situación de discapacidad. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, temeridad y mala fe, enriquecimiento sin causa, falta de causa para pedir, excepción genérica o innominada y compensación.

Por su parte, Hillside Flowers S.A.S., dio contestación a la demanda, donde indicó que se oponía a las pretensiones por cuanto no involucraban a su representada, y en todo caso no existía causa jurídica, pues cualquier derecho desprendido de la acción de tutela carecía de efectos por cuanto la acción no se inició en el término perentorio de 4 meses, adicionalmente, indicó que no se señaló bajo que condiciones se reclamaba la solidaridad y respecto al fuero de la protección laboral no se evidenciaba que se cumplieran las condiciones indicadas por la C.S.J.. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, compensación, inexistencia de las obligaciones reclamadas, falta de causa y título para pedir en la demandante, ausencia de solidaridad en la parte pasiva, cosa juzgada, ineptitud de la demanda o demanda en forma, buena fe y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de abril de 2021, el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad demandada SERVIAREVALO INTEGRAL Y CIA S.A.S., y a la sociedad HILLSIDE FLOWERS S.A.S. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MARIA EMMA DE LA CRUZ VELASQUEZ HERNANDEZ, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la parte demandante.

TERCERO: En caso de no ser apelada oportunamente esta decisión CONSULTESE con el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral.

Como fundamento de su decisión argumentó frente a la pretensión del reintegro, que atendiendo la jurisprudencia de la C.S.J., S.C.L, antes del despido del trabajador, el empleador debía tener conocimiento que el mismo fue calificado con una PCL superior al 15% para estar amparado por la protección de la ley 361 de 1997 y dado que la jurisprudencia de la C.S.J se había morigerado en el sentido en que no se requería necesariamente una calificación, sino que se demostrara una disminución evidente para la realización de sus labores, a continuación procedió a valorar las pruebas, señalando que con anterioridad a la terminación del contrato lo único conocido por el empleador era una incapacidad de 3-4 días reconocida por el representante legal de la demandada, al igual que una cita para valoración de medicina laboral del 17/04/2019, sin que se evidenciara que existieran restricciones, reubicaciones ni readaptaciones o que existiera alguna disminución de carácter sustancial, conforme se desprendía de lo indicado por la misma demandante en el interrogatorio vertido, señalando además que no se advirtió un trato discriminatorio porque la vinculación de la

demandante obedeció a un incremento de la producción y la terminación del contrato obedeció a la finalización del pico de la temporada, que solo en el curso de la demanda se probó la existencia de una PCL del 44,30% con fecha de estructuración del 06/09/2019, esto es, con posterioridad a la terminación del contrato y si bien se presentó la demanda el 23/10/2019 la misma fue retirada el 14/01/2020 y vuelta a presentar el 20/01/2020, habiendo transcurrido más de los 4 meses de protección transitoria ordenada por el juez de tutela, razón por la cual la demandante no era beneficiaria de la protección deprecada.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del demandante manifestó su desacuerdo con la sentencia en lo atinente a que de conformidad con la sentencia T-320/2016 la estabilidad laboral reforzada era un derecho de todas las personas que sufrieran un deterioro en su salud sin necesidad de ser calificadas o declarado su origen, cuando la condición de salud afectara su productividad en el trabajo, aunado a ello, mencionó que en la sentencia se había indicado que el empleador desconocía el estado de salud del demandante, pero que sobre el particular debía tenerse en cuenta la Resolución del Ministerio del Trabajo No. 2346 del 11 de julio 2007, que establecía la obligación de garantizar un programa de salud ocupacional y que la realización de evaluaciones médicas ocupacionales constituía una actividad principal de medicina preventiva y un instrumento importante en los diagnósticos de condiciones de trabajadores (ingreso, periódicas, egreso), refiriendo que con

el examen médico de ingreso se demostró que ingresó en buen estado, que jamás se efectuaron evaluaciones periódicas y no se realizó examen de egreso, resaltando además que la misma EPS, se encargaba de notificar los diagnósticos, mencionando además que la demandada omitió realizar los exámenes periódicos y de egreso porque no le era conveniente pero que con las múltiples incapacidades podía deducirse la gravedad del estado de salud de la demandante.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la ineficacia del despido del demandante por encontrarse en condición de debilidad manifiesta por fuero de salud y en caso positivo si resulta procedente el reintegro.

En primer lugar, debe señalarse que como hechos no debatidos en esta instancia se tiene que i) la demandante prestó sus servicios en misión a la empresa Hillside Flower S.A.S., por el periodo comprendido entre el 5 de septiembre de 2018 y el 4 de mayo de 2019, siendo contratada para tal servicio por la E.S.T. Serviarevalo Integral y Cia S.A.S., quien era su empleador, relación que terminó por finalización de la labor por terminación del pico y/o incremento de producción; ii) que la demandante fue reintegrada a Serviarevalo Integral y Cia S.A.S. el 17 de julio de 2019, como consecuencia del fallo de tutela expedido por el Juzgado Civil del Circuito de Chocontá, que ordenó el reintegro transitorio de la

demandante por 4 meses, dentro de los que se debía presentar acción ordinaria y iii) que Serviarevalo Integral y Cia S.A.S. nuevamente terminó el contrato de la demandante, el 31 de enero de 2020.

Precisado lo anterior, resulta pertinente acudir a la norma que contempla la protección de no discriminación de personas en situación de discapacidad, como quiera que se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, a efectos de establecer su regulación y las prerrogativas que concede, para lo cual se acude al artículo 26 de la Ley 361 de 1997, que dispone:

“ARTÍCULO 26. NO DISCRIMINACIÓN A PERSONA EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD. En ningún caso la discapacidad de una persona, podrá ser motivo para obstaculizar una vinculación laboral, a menos que dicha discapacidad sea claramente demostrada como incompatible e insuperable en el cargo que se va a desempeñar. Así mismo, ninguna persona en situación de discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

No obstante, quienes fueren despedidos o su contrato terminado por razón de su discapacidad, sin el cumplimiento del requisito previsto en el inciso anterior, tendrán derecho a una indemnización equivalente a ciento ochenta días del salario, sin perjuicio de las demás prestaciones e indemnizaciones a que hubiere lugar de acuerdo con el Código Sustantivo del Trabajo y demás normas que lo modifiquen, adicionen, complementen o aclaren.”¹ (Subrayas y negrita fuera de texto).

Así mismo, conviene recordar los requisitos que la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, ha establecido para que la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad opere, así en sentencia SL711-2021, Radicación No. 64605, se indicó:

¹ Inciso 2 Art. 26 L.361/97 declarado CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE por la Corte Constitucional en Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000, en donde se indicó “bajo el supuesto de que en los términos de esta providencia y debido a los principios de respeto a la dignidad humana, solidaridad e igualdad (C.P., arts. 2o. y 13), así como de especial protección constitucional en favor de los disminuidos físicos, sensoriales y síquicos (C.P., arts. 47 y 54), carece de todo efecto jurídico el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación sin que exista autorización previa de la oficina de Trabajo que constate la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”

“(…)

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto, es necesario que se cumplan tres requisitos: (i) que el trabajador se encuentre en una de las siguientes hipótesis: a) con una discapacidad moderada, que corresponde a la pérdida de la capacidad laboral entre el 15% y el 25%; b) severa, mayor al 25%, pero inferior al 50% de la pérdida de la capacidad laboral o; c) profunda cuando el grado de discapacidad supera el 50%; (ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador y, (iii) que la relación laboral termine por razón de su discapacidad –lo cual se presume salvo que medie una causa objetiva- y sin previa autorización del Ministerio de Trabajo.

(…)

En cuanto a la carga de la prueba que cuestionó el recurrente, recuérdese que, conforme al actual y reciente criterio de esta Corte, «el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada» (CSJ SL1360-2018). En ese orden, le corresponde al actor acreditar la circunstancia de discapacidad en cualquiera de los grados ya mencionados, para que se active la presunción, y al empleador le incumbe entonces, demostrar que no fue por tal razón sino por una causa objetiva, que decidió finalizar el vínculo. Esto como quiera que la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, es la de despedir al trabajador por razón de su discapacidad, por lo que, al contrario, las decisiones motivadas en una razón objetiva no requieren ser autorizadas por la autoridad administrativa laboral, quien prácticamente circunscribe su función, a la autorización de terminación del vínculo contractual cuando verifique que las actividades del trabajador son incompatibles e insuperables con el cargo desempeñado o con otro existente en la empresa, cuya omisión implica la ineficacia del despido y sus respectivas consecuencias sancionatorias legales.

(…)”

De conformidad con la normatividad y el precedente citado, se tiene que para ser beneficiario de la garantía de estabilidad reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conocía el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se terminó en razón de la discapacidad (siempre y cuando no exista una causal objetiva) y sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo, posición que acoge este fallador, por ser la directriz establecida por el máximo órgano de cierre de esta jurisdicción.

En ese orden, se procederá a analizar si en el caso concreto la demandante cumplía con los requisitos previamente señalados para ser beneficiario de la garantía deprecada.

Así, tenemos que a folios 27 al 39, reposan documentos tales como, ordenes de exámenes médicos, valoración por medicina laboral y consulta de primera vez en reumatología, historia clínica y resultado de imágenes diagnósticas, que dan cuenta de afecciones presentados por la demandante, relacionados con dolor en manos y muñecas y en cadera, tales como M544 “Lumbago con ciática” y M199 “Artrosis no especificada”, los cuales fueron diagnosticados en marzo y abril del año 2019, según las documentales allegadas al plenario, no obstante, no puede pasarse por alto que no se advierte que el diagnóstico referido o cualquier otro hubiese sido objeto de calificación de pérdida de capacidad laboral en forma previa a la terminación del contrato acaecida el 4 de mayo de 2019, así como tampoco, existe soporte que acredite que el empleador tuviera conocimiento de alguna condición especial de salud padecida por la trabajadora, pues no existe soporte de la entrega realizada al empleador de la historia clínica aquí allegada, como quiera que la misma no cuenta con recibido del empleador, ni es expresamente reconocida por este en la contestación de la demanda, debiéndose en este punto recordar que al ser la historia clínica un documento de carácter reservado conforme lo señala la ley 1755 de 2015, no es factible que el empleador pueda acceder al mismo, salvo que este le sea presentado por el trabajador, aspecto que como se dijo no se encuentra acreditado ni fue reconocido por la demandada en su contestación o en el interrogatorio de parte

absuelto por la representante legal, pues en este tan solo se reconoció que se tuvo conocimiento de la expedición de una incapacidad, por entre 3-4 días.

Al respecto, debe indicarse que esta incapacidad , no tiene la virtualidad de generar el entendimiento de padecer una enfermedad en curso con una gravedad de tal magnitud que impidiera la terminación del contrato, dada su corta duración, su no continuidad y ser la única expedida, máxime lo señalado por la demandante en el interrogatorio de parte vertido, en donde reconoció que durante la relación laboral solo le expidieron 2 incapacidades por 10 y 4 días (no pudo precisar cuando fueron expedidas), manifestó no estar incapacitada para la fecha de terminación del contrato y aunque refirió que para dicha data contaba con restricciones médicas expedidas por la unidad médica odontológica Santa Carolina, las mismas no fueron allegadas, por lo que no habría lugar a colegir que la demandante contaba con una afección que limitara su labor al momento de finalizar su vinculación laboral.

Lo anterior, tampoco es factible establecerlo de la orden de valoración por medicina laboral vista a folio 30, de fecha 3 de abril de 2019, por artrosis y sobre la cual aparentemente, es que se expide por Serviarevalo Integral y Cia S.A.S la comunicación de 17 de abril de 2019, en donde le indican a la demandante que la remisión a medicina laboral debía ser tramitada ante la EPS, dado que se desconoce cual era el trámite que se pretendía adelantar, máxime que no se generaron incapacidades continuas o se contaba con recomendaciones y/o restricciones médicas.

Respecto a la no realización de evaluaciones periódicas que aduce el recurrente pudieron advertir el estado de salud de la demandante, debe tenerse en cuenta que la actora ingresó a laborar el 5 de septiembre de 2018 y la terminación objeto de controversia fue la acaecida el 4 de mayo de 2019, es decir, que no había pasado si quiera un año, siendo este el término recomendable para hacerlas o cuando se cambiaba de ocupación, y dado que no se advierte que la demandada hubiese tenido conocimiento de una situación particular de salud padecida por la demandante, ya que no existían si quiera incapacidades presentadas por la actora, no había motivo para ordenar su práctica, máxime que no existe un término legal para su realización, pues ello depende del factor de riesgo.

En ese orden de ideas y como quiera que en el presente asunto no se cumplen los requisitos contemplados para aplicar la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad, esto es, i) que se trate de una discapacidad calificada como moderada o severa y ii) que el empleador conozca dicho estado de salud del trabajador, no puede predicarse un nexo de causalidad con la terminación del contrato efectuada por el empleador, máxime que se encontró acreditado que la terminación ocurrió por una causa objetiva, esto es la terminación del contrato por finalización del pico de producción de flores, así las cosas, y dado que este es el presupuesto principal de la protección deprecada, al no haberse acreditado que el despido estuvo

motivado en el estado de salud de la demandante, se procederá a confirmar la decisión del a quo.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 21 de abril de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia para cada una de las demandadas la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY

**MARLENY RUEDA OLARTE****MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO****AUTO**

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho a favor de cada una de las demandadas, por valor de \$200.000 para cada una, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.

**LORENZO TORRES RUSSY**



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por ANA OLIVA
ALVAREZ DE OLAYA contra ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 024 2017 00405 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de marzo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de la señora Aura María Ballesteros, en la que solicita confirmar la decisión del aquo como quiera que las pruebas practicadas en el expediente permitían establecer que su representada convivió los últimos treinta años con el causante, solicitando por tanto se mantuviera la pensión en el porcentaje que a prorrata le fue reconocido.

I. ANTECEDENTES

La demandante Ana Oliva Álvarez de Olaya, solicitó que se declarara que era la beneficiaria de la sustitución pensional en calidad de cónyuge del señor José Heriberto Olaya Poveda, así como, que se declarara que la señora Aura María Ballesteros no tenía derecho alguno, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a reconocerle y pagarle la pensión de sobrevivientes, en calidad de cónyuge supérstite a partir del 31 de agosto de 2011, con los respectivos reajustes legales, mesadas adicionales, intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a la indexación de las sumas, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones mencionó que el señor José Heriberto Olaya Poveda, falleció el 31 de agosto de 2011, que al mismo le fue reconocida pensión de vejez por el ISS hoy Colpensiones, mediante Resolución No. 4403 del 7 de mayo de 1998, que compartió techo, lecho y mesa desde el 6 de diciembre de 1952 hasta la fecha de fallecimiento y que mediante Resolución No. 10955 del 28 de marzo de 2012, se

negó el reconocimiento por existir controversia entre beneficiarios, decisión que se confirmó en resoluciones No. 175385 del 9 de julio de 2013 y Resolución No. 135963 del 2 abril de 2014, y en la Resolución No. VPB 1929 del 19 de enero de 2015.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 1, 4, 13, 42, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 46, 47 y 141 de la Ley 100 de 1993, también trajo a colación la sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral No. 42425 de 2012.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda cómo se observa a folios 34-39 del expediente, en dónde manifestó que se oponía a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto en los casos en que se presenta de manera simultánea en calidad de cónyuge a reclamar el derecho era la justicia ordinaria quien debía decidir quién ostentaba la calidad de beneficiaria, que la demandante no logró acreditar en debida forma los requisitos necesarios para acceder al reconocimiento deprecado y la demora en el mismo obedecía a que éste se reclamó por 2 personas siendo por disposición normativa que la justicia ordinaria debía solucionar el asunto. Propuso las excepciones que denominó: prescripción e innominada o genérica.

Mediante auto del 20 de septiembre de 2018, notificado por estado el día 21 del mismo mes y año, se dispuso integrar

como tercera ad excludendum a la señora Aura María Ballesteros, quien mediante apodera judicial contestó la demanda como se advierte a folios 48-52, en donde se opuso a la prosperidad de las pretensiones, por cuanto la demandante no cumplía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, pues desde el año 1981 hasta la fecha de su muerte, el señor José Heriberto Olaya Poveda, convivió e hizo vida marital con la señora Aura María Ballesteros, siendo ella quien cumplía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de acreditación de requisitos para reclamar la pensión de sobrevivientes, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, mala fe y excepción genérica.

III. DEMANDA TERCERA AD EXCLUDENDUM

Así mismo, la señora Aura María Ballesteros, presentó demanda, en la que solicitó que se declarara que era beneficiaria en calidad de compañera permanente de la pensión de sobrevivientes del señor José Heriberto Olaya Poveda, en consecuencia, se condenara a Colpensiones, a reconocer en su favor pensión de sobrevivientes, al pago de las mesadas desde el 11 de agosto de 2011, a la indexación de las sumas, a los demás derechos que resultaren probados ultra y extra petita y a pagar a las costas y agencias en derecho.

En sustento de sus pretensiones manifestó que para el año 1975 existió una relación sentimental con el causante, producto de la cual nació Edgar Orlando Olaya Ballesteros, el

19 de marzo de 1980, que convivió en vida marital con el causante desde el 15 de septiembre de 1981 hasta el 31 de agosto de 2011 (fecha de fallecimiento), que al causante le fue reconocida pensión de vejez por el ISS hoy Colpensiones, mediante Resolución No. 04403 del 7 de mayo de 1998, que la ultima residencia de la pareja fue en la calle 66 a sur 81 - 40, que los trámites y gastos funerarios fueron asumidos por ella y por su hijo, que la señora Ana Olivia Álvarez desde el año 1992, estaba radicada y residía en Estados Unidos, que mediante Resolución No. 10955 de 2012, el ISS negó la sustitución pensional hasta tanto la justicia ordinaria determinara quien tenía el derecho, decisión que se confirmó mediante resoluciones GNR 175385 de 2013 y Resolución No. VPB 1929 de 2015.

Citó como fundamento normativo los artículos 13, 48, 49, 53 y 335 de la Constitución Política, los artículos 1, 2, 5, 11, 12, 26, 33, 39, 40, 42, 48, 49, 50, 51, 52, 54, 74 y ss. del C.P.L y S.S., los artículos 46 y 47 de la ley 100 de 1993 y la ley 1204 de 2008.

Por su parte, Colpensiones contestó la demanda como se observa a folios 95-102 del expediente, en donde señaló que no se oponía ni allanaba a las peticiones, como quiera que la negativa al pago de la pensión de sobrevivientes solicitada, se encontraba debidamente en lo dispuesto por la Ley 1204 de 2008. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción e innominada o genérica.

IV. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de marzo de 2021, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes causada por el fallecimiento del señor **JOSE HERBERTO OLAYA POVEDA** a favor de la señora **ANA OLIVA ALVAREZ** y **AURA MARÍA BALLESTEROS** a partir del 31 de agosto de 2011 y en un porcentaje equivalente a 48.98% para la señora ALVAREZ y en un 51.02% para la señora BALLESTEROS del valor que percibía como mesada pensional el causante para la fecha de su deceso, junto con los rendimientos legales, valores que deberán ser indexados, teniendo en cuenta el IPC de la causación de cada mesada pensional y el IPC final el de la fecha del pago junto con el ingreso a nómina.

SEGUNDO: AUTORIZAR a COLPENSIONES a realizar los respectivos descuentos en favor del Sistema General en Salud sobre el retroactivo ordenado, conforme a lo considerado.

TERCERO: ABSOLVER a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda.

CUARTO: SIN CONDENA en costas.

QUINTO: En el evento que COLPENSIONES no interponga recurso de apelación, remítase a la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de **CONSULTA**.

Como fundamento de su decisión, argumentó que atendiendo lo señalado en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 y lo establecido en la jurisprudencia del máximo órgano de cierre, tratándose de cónyuge separado de hecho se debían acreditar 5 años de convivencia en cualquier tiempo, pero respecto de la compañera permanente los 5 años de convivencia debían darse con anterioridad a la muerte del causante y que en caso que no existiera convivencia simultánea se establecería la mesada en proporción al tiempo de convivencia, así pues, procedió con la valoración probatoria concluyendo que de los testimonios rendidos por Ana Betsy y Héctor Camilo, se podía concluir sin duda alguna la convivencia entre el causante y la señora Aura María

Ballesteros, pues lo referido por estos se acompasaba con las propias declaraciones realizadas por el causante en el año 1993 y en el año 2000, lo cual aunado con el nacimiento del hijo en 1980, permitía concluir una convivencia desde el 15 de septiembre de 1981, de otra parte y respecto a la señora Ana Olivia Álvarez, indicó que estaba acreditado que contrajo matrimonio con el causante el 6 diciembre de 1952, sin embargo, no se acreditaba la convivencia hasta el fallecimiento, pues la misma reclamante reconoció en el interrogatorio de parte que su esposo iba y venia y que no convivió con el hasta el fallecimiento, que la señora Aura fue quien cuidó en la enfermedad, además que en la historia clínica del 2009, quien figuraba como acompañante era la señora Aura y el oficio de migración Colombia registraba viajes hacia Estados Unidos desde el 2002 existiendo un viaje incluso el 29 de julio de 2011, por lo que si el señor se encontraba enfermó como podía afirmarse que lo cuidó, en esa medida, se determinó que la convivencia con la señora Ana Oliva Álvarez ocurrió entre el 06/12/1952 – 14/09/1981 y con la señora Aura María Ballesteros entre el 15/09/1981 – 31/08/2011.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente efectuar la sustitución pensional del pensionado fallecido señor José Heriberto Olaya Poveda, en favor de las señoras Ana Oliva Álvarez y Aura María Ballesteros.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) el señor José Heriberto Olaya Poveda, falleció el 31 de agosto de 2011; ii) que el Instituto de Seguros Sociales mediante Resolución No. 4403 del 7 de mayo de 1988, le reconoció al señor Olaya Poveda pensión de vejez; en cuantía inicial de \$20.500 y con efectividad desde el 21 de septiembre de 1987, con incrementos por cónyuge e hijo cargo, precisando que el incremento por pareja a cargo se genera tanto por cónyuge como compañera permanente; iii) que la señora Ana Oliva Álvarez, presentó reclamación administrativa ante el Instituto de Seguros Sociales, el 9 de noviembre de 2011 y la señora Aura María Ballesteros, hizo lo mismo, el 12 de octubre de 2011, conforme se desprende de la Resolución No. 10955 del 12 de marzo de 2012, en la que negó la sustitución pensional reclamada por las mencionadas señoras hasta que la jurisdicción ordinaria decidiera a quien le correspondía el derecho y iv) que Colpensiones resolvió los recursos de reposición interpuestos mediante Resoluciones No. 175385 del 9 de julio de 2013 y No. 135963 del 25 de abril de 2014, confirmando la decisión y finalmente resolvió apelación mediante Resolución No. VPB 1929 del 19 de enero de 2015, en la que confirmó en todas sus partes la Resolución No. 10955 del 12 de marzo de 2012.

Bajo los supuestos fácticos del asunto, el derecho reclamado se regula por la Ley 100 de 1993 y las modificaciones introducidas a la misma, por la Ley 797 de 2003, toda vez que la muerte del señor José Heriberto Olaya

Poveda, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (31 de agosto de 2011).

Así, se tiene que el **numeral 1° del artículo 46 de la Ley 100 de 1993** (Modificado artículo 12 de la Ley 797 de 2003), consagra que tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez que por riesgo común que fallezca.

A su turno, el **artículo 47 de la Ley 100 de 1993** (modificado artículo 13 de la Ley 797 de 2003), consagra quienes pueden ser beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, así:

“Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte; (Subrayas y negrita fuera de texto).

b) En forma temporal, el cónyuge o la compañera permanente supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga menos de 30 años de edad, y no haya procreado hijos con este. La pensión temporal se pagará mientras el beneficiario viva y tendrá una duración máxima de 20 años. En este caso, el beneficiario deberá cotizar al sistema para obtener su propia pensión, con cargo a dicha pensión. Si tiene hijos con el causante aplicará el literal a).

Si respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que tratan los literales a) y b) del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

<Aparte subrayado CONDICIONALMENTE exequible> En caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo.¹ Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión

¹ La Corte Constitucional mediante Sentencia C-1035-08 de 22 de octubre de 2008, Magistrado Ponente Dr. Jaime Córdoba Triviño, declaró condicionalmente exequible “en el entendido de que además de la esposa o el esposo serán también beneficiarios, la compañera o compañero permanente y que dicha pensión se dividirá

conyugal pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente;

(...)"

De la anterior normativa, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un pensionado, se tendrá derecho a la pensión vitalicia cuando el cónyuge, compañera o compañero permanente tenga mas de 30 años al momento del fallecimiento, y para ello, el cónyuge debe acreditar haber convivido con el causante no menos de 5 años continuos en cualquier tiempo , tratándose de una compañera o compañero permanente, se debe acreditar haber convivido con el causante en los 5 años anteriores al deceso, de igual manera, se tiene que en los eventos en que respecto de un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente, con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión o en caso de convivencia simultánea, se tiene que la parte, proporción o porcentaje que corresponde a cada uno, se determina con base al tiempo de convivencia que cada uno acredite.

Sobre el tema conviene recordar lo expuesto por la CSJ, Sala Laboral, en la sentencia No. SL1399-2018, radicación No. 45779 del 25 de abril de 2018, en donde se indicó:

"(...)

3. Convivencia singular del afiliado o pensionado fallecido con el cónyuge o compañero (a) permanente

a. Convivencia singular con el cónyuge

entre ellos (as) en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido'. Fallo inhibitorio en relación con la expresión "no existe convivencia simultánea y" por inepta demanda.

En tratándose de la relación del afiliado o pensionado con su cónyuge, esta Corporación ha defendido el criterio según el cual la convivencia por un lapso no inferior a 5 años puede ocurrir *en cualquier tiempo*, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto.

(...)

b. Convivencia singular con el(la) compañero(a) permanente

En tratándose del compañero permanente, la jurisprudencia ha sido pacífica en señalar que la convivencia debe verificarse dentro de los 5 años *inmediatamente* anteriores al deceso del causante. En la sentencia CSJ SL680-2013, reiterada en SL1067-2014, la Corte recabó este criterio, así:

(...)

4. Convivencias plurales

a. Convivencia simultánea con el cónyuge y el(la) compañero(a) permanente

El inciso segundo del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003, preceptúa que «en caso de convivencia simultánea en los últimos cinco años, antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera o compañero permanente, la beneficiaria o el beneficiario de la pensión de sobreviviente será la esposa o el esposo». Desde luego que esta norma debe comprenderse, aún antes de la sentencia C-1035 de 2008 de la Corte Constitucional, en el sentido de que además de la esposa o esposo, también es beneficiaria la compañera o compañero permanente, en proporción al tiempo de convivencia con el fallecido.

(...)

c. Convivencia no simultánea (o sucesiva) con el cónyuge separado de hecho y el(la) compañero(a) permanente

El último inciso del literal b) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 regula la situación del cónyuge que, a pesar de haberse separado de hecho y su pareja conformado una nueva familia, mantiene su contrato matrimonial activo. Aquí, la ley le da el derecho de concurrir, junto con el (la) compañero (a) permanente, a la proporción de la pensión de sobrevivientes en función al tiempo convivido, siempre que este no sea inferior a 5 años en cualquier tiempo.”

Precisado lo anterior, y toda vez que en este asunto la señora Ana Oliva Álvarez, refirió que convivió con el señor Olaya Poveda, desde el 6 de diciembre de 1952 hasta el fallecimiento del causante, y por su parte, la señora Aura María Ballesteros, señaló que convivió con el mismo, desde el 15 de septiembre de 1981 hasta el deceso, se procederá a apreciar los medios de prueba allegados de conformidad con lo dispuesto en el artículo 60 del C.P.L y S.S.

Como documentales relevantes, fueron allegados los siguientes documentos:

- Acta de matrimonio expedida por la Arquidiócesis de Ibagué – Ministerio Parroquial - Parroquia de Nuestra Señora del Carmen de Honda, obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, en la que se certifica que el 6 de diciembre de 1952, el señor Heriberto Olaya Poveda y la señora Ana Oliva Álvarez, contrajeron matrimonio.
- Registro Civil de matrimonio (fl. 22), en el que figura el matrimonio contraído entre el señor Heriberto Olaya Poveda y la señora Ana Oliva Álvarez, el 6 de diciembre de 1952.
- Comunicación expedida el 14 de agosto de 2013, por la Junta de Acción Comunal – Triangulo de las materas de bosa, obrante en el expediente administrativo allegado por Colpensiones, denominada carta de residencia, en la que refieren que conocen de vista y trato a los señores Aura María Ballesteros y José Heriberto Olaya Poveda, dirección: CLL 66 A – 81 – 40 SUR, desde hace más de 20 años, indicando que ella convivió con su esposo José Heriberto Olaya Poveda y su hijo Edgar Orlando Olaya Ballesteros durante todo ese tiempo en la comunidad, refiriendo que son fundadores del barrio, llegando el 13 de octubre de 1993.
- Declaración Juramentada, realizada por el señor Heriberto Olaya Poveda, ante el Notario Primero del Circulo de Bogotá, el 8 de junio de 1993 (fl. 53), en la que el causante, indicó “deseo declarar lo siguiente: *“QUE CONVIVO EN UNION LIBRE CON AURA MARIA BALLESTEROS IDENTIFICADO ON LA C.C. N. 92.421 DE BOGOTA Y PROCREAMOS UN HIJO LLAMADO EDGAR ORLANDO OLAYA BALLESTEROS EL CUAL DEPENDE ECONOMICAMENRE DE AMBOS PADRES Y NO RECIBE SUBSIDIO DE NINGUNA ENTIDAD OFICIAL NI PRIVADA Y VIVIMOS BAJO EL MISMO TECHO”*.
- Manifestación realizada por el señor Heriberto Olaya Poveda, la cual cuenta con presentación personal del 10

de mayo del año 2000, ante el Notario 4 de Bogotá D.C. (fl. 54), en donde el causante indicó:

“(...) pido a las personas que esté a cargo mío para hacerme los siguientes favores:

(...)

3. Que la persona que ha estado a mi lado cuando muera, sea indemnizada con el porcentaje de pensión, lo mismo que el auxilio de defunción (SIC).

4. Esta indemnización se la hago llegar a la señora AURA MARIA BALLESTEROS identificada con numero de cedula de ciudadanía 41.318.698 de Bogotá, ella ha sido la que ha visto por mí durante veinte años, en enfermedad y otras calamidades.

(...)”.

- Historia clínica del señor José Heriberto Olaya Poveda expedida por la EPS COMPENSAR, desde el mes de diciembre de 2008 hasta el mes agosto de 2011 (fl. 79), en la que figura como acompañante de las consultas médicas efectuadas por el causante durante el año 2009 y 2010, la señora Aura María Ballesteros.
- Declaración extraproceso, realizada el 6 de octubre de 2011, por la señora Aura María Ballesteros, ante la notaria 74 del círculo de Bogotá, en donde declaró *“(...) QUE CONVIVI EN UNION LIBRE Y COMPARTI, TECHO, LECHO Y MESA CON EL SEÑOR JOSE HERIBERTO OLAYA POVEDA IDENTIFICADO EN VIDA CON C.C. No. 92.421 DE BOGOTA DESDE EL DÍA 25 DE SEPTIEMBRE DE 1981 FECHA EN QUE COMENZAMOS A CONVIVIR, HASTA EL DÍA 31 DE AGOSTO DE 2011, FECHA EN QUE FALLECIO EL SEÑOR HERIBERTO, DE LA UNION PROCEAMOS UN (1) HIJO DE NOMBRE: EDGAR ORLANDO OLAYA BALLESTEROS MAYOR DE EDAD, **MI COMPAÑERO TENIA SIETE (7) HIJOS TODOS MAYORES DE EDAD** (...)”*

De las anteriores pruebas, lo primero que debe precisarse es que se colige que en efecto los señores José Heriberto Olaya Poveda y Ana Oliva Álvarez, tenían la condición de esposos, conforme se desprende del Acta de matrimonio católico y registro civil de matrimonio allegados, sin que se advierta que respecto del mismo hubiese existido disolución, divorcio, en

tanto que no se allegó ningún soporte de ello, ni tales documentos presentan alguna anotación marginal.

Ahora bien frente a la convivencia conyugal, debe señalarse que atendiendo a lo indicado por la señora Aura María Ballesteros en la declaración extra juicio realizada en octubre de 2011, ante el notario 74 del circulo de Bogotá, en donde reconoció que su compañero, señor Heriberto Olaya tenía otros 7 hijos y aunque en el testimonio de la señora Blanca Inés Perdomo, (amiga de una de las hijas desde 1972), se señaló que la pareja siempre convivió en el barrio Quiriguá hasta la muerte del causante, no puede perderse de vista que en el interrogatorio de parte vertido por la señora Ana Oliva Álvarez, la misma señaló que el señor Heriberto no vivía continuamente en la casa, pues refirió que iba y venía cada 2 semanas y reconoció que la señora Aura fue quien cuidó al señor Olaya Poveda en la enfermedad y que el causante iba a la casa porque era su casa y la de la familia y ella no podía impedírselo, de lo que se colige sin lugar a dudas que hubo una convivencia superior a los 5 años, no obstante, no convivió con el causante hasta su fallecimiento, aspecto que encuentra soporte en los registros de acompañante en las consultas médicas a las que asistió el señor Olaya Poveda en los últimos años según da cuenta la historia clínica.

De igual forma se receptionaron los testimonios de los señores Ana Betsy Ayala Sánchez (quien refirió ser vecina de la señora Aura entre 28 y 29 años) y Héctor Camilo Melo Pulido (quien refirió conocer a la señora Aura durante mas de 29 años por haber estudiado con el hijo todo el bachillerato),

quienes dieron cuenta que la pareja conformada por los señores Heriberto Olaya y Aura María Ballesteros, convivieron desde que los conocieron, que cuando el señor Heriberto enfermó la señora Aura y su hijo eran quienes lo cuidaban, refiriendo el señor Héctor que tuvo conocimiento que el señor Heriberto tenía otros hijos, declaraciones que se acompasan con lo señalado por el propio causante el 8 de junio de 1993 y el 10 de mayo de 2010, esto es, que para mayo de 2010, llevaba 20 años conviviendo con la señora Aura, lo cual aunado a lo registrado en la historia clínica y lo señalado en la comunicación de la Junta de Acción Comunal, permiten concluir que la señora Aura María Ballesteros convivió con el causante por un tiempo superior a los 5 años anteriores a la muerte.

En esa medida y dado que no existe controversia respecto a los extremos de la convivencia con cada una, esto es, con la cónyuge y la compañera, pues las mismas no efectuaron reparo al respecto y toda vez que se encuentra acreditado el requisito de convivencia exigido frente a cada una de estas, se concluye que en efecto resulta procedente el reconocimiento efectuado.

En lo concerniente a la excepción de prescripción, cabe señalar, que el causante falleció el 31 de agosto de 2011; las señoras Ana Oliva Álvarez y Aura María Ballesteros solicitaron a Colpensiones, la pensión de sobrevivientes que fue resuelta de manera adversa y definitiva en Resolución No. VPB del 19 de enero de 2015 (fl. 19-20), y la demanda inaugural fue presentada el 19 de julio de 2017 (fl.24), lo que permite colegir

que no trascurrió el término trienal consagrado en los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS.

Bajo las anteriores premisas, se procederá a confirmar la decisión del fallador de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

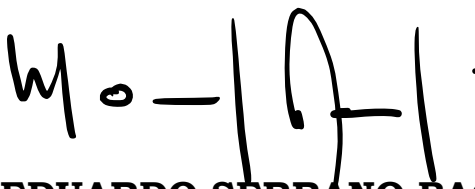
Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por FANNY MIREYA GARZÓN GALEANO contra YOLIMA EUGENIA LOPEZ y CARLOS ALONSO ARISTIZABAL HOYOS.

RADICADO: 11001 3105 024 2019 00045 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por las partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de febrero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido, desde el 15 de abril de 2003 hasta el 12 de septiembre de 2018, el cual fue terminado por causa imputable a los empleadores, que había culpa patronal por no afiliación al sistema de seguridad social en pensión, que era beneficiaria de la pensión sanción y existía solidaridad entre los demandados, en consecuencia, se condenara al pago de: prestaciones sociales y vacaciones durante la relación laboral, las mesadas pensionales desde el momento en que cumpliera la edad, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indemnización moratoria del artículo 65 del C.S.T., a las sumas indexadas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho. Subsidiariamente, solicitó que se declarara que los demandados no realizaron los aportes a pensión y se ordenara la realización de cálculo actuarial a Colpensiones.

En sustento de sus pretensiones manifestó que ingresó a trabajar el 15 de abril de 2003, mediante contrato verbal a término indefinido con los señores Alonso Aristizábal Hoyos y Yolima Eugenia López, que desempeñaba las funciones de servicio doméstico bajo las órdenes y supervisión de los mencionados señores, que cumplía un horario de trabajo así: lunes y sábado de 8:00 am a 5:00 pm (del 2003 al 2004) y los miércoles de 7:00 am a 3:00 pm (del año 2005 al 2018), que el ultimo salario diario devengado ascendió a \$45.000, que a mediados del mes de mayo entregó a sus empleadores

liquidación de prestaciones sociales realizada por la universidad nacional y posteriormente en el mes de junio de 2018, el señor Oscar Aristizábal, realizó liquidación de su puño y letra con un valor total a cancelar de \$931.437, pero al considerar que esta suma estaba por debajo de lo que se le adeudaba, radicó derecho de petición el 31 de agosto de 2018, ante lo cual cuando se presentó a trabajar el 12 de septiembre de 2018, no se le permitió el ingreso desde la portería del edificio.

Como fundamento normativo citó los artículos 22, 23, 47 y 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Los señores Yolima Eugenia López y Carlos Alonso Aristizábal Hoyos, mediante apoderada judicial contestaron la demanda, como se observa a folios 123-160 y 191-228, en donde se opusieron a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto entre las partes nunca existió un contrato de trabajo, como quiera que la demandante prestó servicios de manera esporádica o eventual a los demandados, los cuales le fueron pagados en cada oportunidad, de acuerdo a lo convenido y una vez concluidos los mismos, determinándose incluso por la misma demandante el tiempo que ocuparía realizando las actividades convenidas, también indicaron que no estaban en obligación de afiliar a la demandante a seguridad social y señalaron que como no existió vínculo laboral de ninguna índole no podía predicarse una terminación y menos un despido y que por esta misma

razón, no se causaba obligación de pagar salarios, prestaciones sociales, vacaciones e indemnizaciones. Propusieron las excepciones que denominaron: inexistencia de la obligación, falta de causa, compensación, buena fe, prescripción, enriquecimiento injusto y cobro de lo no debido y excepciones genéricas.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de febrero de 2021, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora FANNY MIREYA GARZÓN GALEANO y los demandados OSCAR ALONSO ARITIZABAL y YOLIMA EUGENIA LÓPEZ existió un contrato de trabajo con vigencia entre el 15 de junio de 2015 a 15 de junio de 2018.

SEGUNDO: CONDENAR a los demandados OSCAR ALONSO ARITIZABAL y YOLIMA EUGENIA LÓPEZ a pagar a la demandante FANNY MIREYA GARZÓN GALEANO por concepto de cesantías, la suma de \$449.500, intereses a las cesantías la suma de \$49.892, prima de servicios \$230.000, vacaciones \$195.844, valores que deberán pagarse debidamente indexados desde la terminación del contrato hasta la fecha en que se efectuó el pago.

TERCERO: ABSOLVER a los demandados de las demás pretensiones.

CUARTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

QUINTO: CONDENAR a los demandados en costas, y a favor de la demandante, para lo cual se estima como agencias en derecho en la suma de un salario mínimo legal vigente, por secretaria realizar la liquidación en la oportunidad legal correspondiente.

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo lo señalado en los artículos 23 y 24 del C.S.T. y 53 de la C.P. y efectuado el análisis de las pruebas allegadas y practicadas, especialmente los interrogatorios de parte de los demandados, pudo acreditarse la prestación personal del servicio de la demandante en su favor, resaltando que en la declaración vertida por el demandado Carlos Alonso Aristizábal, también se reconoció que éste realizó la

liquidación allegada al proceso (fl. 63) y aunque mencionó que la misma era hipotética, esto no pudo ser desvirtuado, debiéndose tener en cuenta el valor probatorio que tenían los documentos hechos por el propio empleador, con base en ello determinó que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 15 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2018, en esa medida y toda vez que no se pudo acreditar que se laboró de manera interrumpida ni se pudieron establecer los días laborados se cada anualidad, se precisó que se debería tener en cuenta lo estipulado en la liquidación efectuada por la demandada, precisando además que por concepto de prima servicios debía pagarse un total de \$230.000.

Respecto a la indemnización moratoria, indicó que la misma no aplicaba de forma automática, sino que en cada en concreto se debía valorar la conducta para determinar si había buena fe o no, señalando que en el caso particular se advertía que los demandados actuaron bajo la convicción que la demandante no tenía derecho al pago de las prestaciones sociales, al ser los servicios esporádicos prestados y que incluso la mamá y hermana la reemplazaban cuando la demandante no podía, convicción bajo la cual también actuó la demandante al reclamar solo hasta el 2018 cuando una señora le indicó que tenía derecho a ello, en razón a ello, procedió a absolver a la demandada de las indemnizaciones reclamadas.

Finalmente, se indicó que como quiera que no se cumplían los presupuestos para la pensión sanción porque la demandante laboró 3 años y no demostró que fue despedida

sin justa causa, se procedió a analizar la pretensión subsidiaria relativa al pago de aportes al SGSS, acreditándose que no hubo afiliación ni constancia del pago de aportes por los días laborados por la demandante, en consecuencia condenó a pagar calculo actuarial teniendo como salario el reconocido en la liquidación para los años 2015, 2016, 2017 y 2018.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante presentó recurso de apelación en lo relativo a que no se condenó al pago de la sanción moratoria, teniendo en cuenta que había una prueba irrefutable, esto es, la liquidación, destacando que bajo la sana crítica si existió mala fe, pues, aunque se liquidaron los valores éstos no fueron pagados debiéndose acudir al proceso laboral para ello, por lo que solicitó se revocara la decisión frente a dicho punto.

Por su parte, la apoderada de los demandados presentó apelación parcial respecto a la condena de acreencias laborales y aportes al sistema general de seguridad social, refiriendo que la condena en este asunto se efectuó teniendo como base una presunta liquidación que el señor Oscar había hecho a la demandante, señalando que si bien el demandado reconoció que elaboró el documento fue específico en decir que la misma no tenía validez, ni tenía la intención de cancelar, pues fue un ejercicio hipotético para dar ejemplo de lo que podría reclamarse si se considerara que se tuviera una relación laboral, resaltando que contrario a lo sostenido por el

despacho si se pudo desvirtuar a lo largo del proceso que este documento no era real ni correspondía a un vínculo laboral que generaba obligaciones a su cargo, lo cual podía determinarse de las innumerables contradicciones en que incurrió la demandante en la demanda, derecho de petición, la información proporcionada para la liquidación realizada por la Universidad Nacional, y pese a la tacha de los testimonios, estos mismos controvierten la veracidad de esa liquidación.

Adicionalmente, indicó que no se compartía lo relacionado con la determinado frente a la prestación personal del servicio, lo cual se controvertía por lo indicado por la misma demandante y los testigos, pues estos daban cuenta de la verdadera realidad de la intención de la relación, pues se reconoce que ella no siempre prestaba el servicio pues a veces lo prestaba su hermana, o el hermano, que se establecieron una serie de pagos en cada ocasión diferentes, que tampoco podían determinarse los extremos de la relación laboral como se efectuaron pues en estos tampoco había coincidencia entre lo indicado en la demanda, lo señalado en el interrogatorio de parte y los documentos allegados, lo que conduce a entender una falta de verdad en lo indicado por la demandante, finalmente refirió frente a la subordinación, que las pruebas no daban cuenta que tenía obligaciones asignadas y también existen contradicciones en los horarios y días en que la demandante señalaba que laboró.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar que entre las partes, existió contrato de trabajo desde el 15 de junio de 2015 hasta el 15 de junio de 2018 y en caso afirmativo estudiar si resulta procedente acceder a las condenas pretendidas por prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social e indemnizaciones moratorias.

Para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1.º de la Ley 50 de 1990, agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2°, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En este caso, la parte actora con miras a probar la existencia del contrato de trabajo, allegó derecho de petición de fecha 31 de agosto de 2018, dirigido a los demandados por la demandante con asunto reclamo escrito del trabajador, en donde reclama el pago de salarios, prestaciones sociales y

aportes al SGSS desde el 15 de abril de 2013 (fl. 54), Fallo de tutela No. 2018 – 1203, expedido por el Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá, en el que se tuteló el derecho de petición debiéndose resolver de fondo la petición del 31 de agosto de 2018 (fl. 57-61), comunicación de fecha 30 de octubre de 2018, dirigido a la demandante por los demandados con asunto cumplimiento decisión de tutela No. 1203 de 2018 Juzgado 44 Civil Municipal de Bogotá, en donde se indicó *“NO podemos acceder al reconocimiento de las acreencias laborales por usted reclamadas en comunicación fechada 31 de agosto de 2018, recibida por nosotros el 3 de septiembre del mismo año, por cuanto NO tenemos Ni hemos tenido con usted vínculo laboral alguno que cause su pago, de acuerdo con el ordenamiento jurídico laboral vigente”* (fl. 62), liquidación realizada a mano por el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2018 (fl. 63), liquidación de prestaciones sociales realizada por la Universidad Nacional de Colombia (fl. 94).

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte de la señora Yolima López, quien refirió conocer a la demandante hacía varios años, tal vez 6 años, que la conoció porque se la recomendaron, que la misma hacía una cosa específica en su casa como era limpiar los muebles, limpiar las cortinas, pues ella (declarante) se dedicaba al hogar y era quien hacía las cosas del hogar, que no había un valor exacto que se le pagara, ni una regularidad en la que asistiera a efectuar tales actividades, que ella era la que se entendía con la señora Fanny, pues era quien estaba en el hogar, que Fanny en una oportunidad dijo que no podía asistir y la madre de esta le

ayudó, que la última vez que la señora acudió a su casa fue en junio de 2018 y dejó de asistir porque ni ella la llamó ni la señora Fanny lo hizo.

También, se recibió el interrogatorio de parte del señor Oscar Alonso Aristizábal Hoyos, quien manifestó conocer a la demandante hacía 6 años, porque su señora la trajo a hacer oficio relacionado con limpiar pisos, cortinas o muebles, que la vio en pocas oportunidades, que no era para hacer servicio domestico pues su esposa era la que atendía el hogar, que el valor que se cancelaba era distinto ya que dependía de lo que hiciera, que nunca fue su empleada, también se le consultó si él había realizado una liquidación laboral a su puño y letra a lo que contestó que eso fue justamente porque la demandante fue y presentó en el mes de junio una liquidación que le hicieron en la universidad nacional exorbitante y viendo eso le pregunto a Fanny que pretendía con ello, entonces le dijo que si hipotéticamente se supusiera que ella trabajaba una vez a la semana en esos 3 años, cogió un papel y le hizo el ejercicio para decirle que era una locura, pero no era más, también indicó que no le pagó prima de servicio alguna pues solo se pagaba el día y que la fecha hasta la que la señora efectuó actividades fue hasta junio de 2018, cuando se hizo la hipotética liquidación.

Igualmente, se recepcionaron los testimonios de los señores Rosaura Galeano (mamá de la demandante), Miriam Yolanda Garzón Galeano (hermana de la demandante) y William Orlando Garzón Galeano (hermano de la demandante), testimonios que dado el asunto bajo análisis, los vínculos de

familiaridad que ostentan con la demandante y las contradicciones y situaciones advertidas en sus declaraciones, no pueden dárseles valor probatorio tal y como se indicó por el a quo.

Así las cosas, del acervo probatorio recaudado en el expediente, lo primero que debe señalarse es que de lo indicado por los demandados en su interrogatorio de parte se desprende que la señora Fanny Mireya Garzón, si desplegó actividades personales en su favor, tales como limpiar pisos, cortinas y muebles, generando así la presunción de que trata el artículo 24 del C.S.T., debiéndose resaltar que la sola presunción no es suficiente por si sola para determinar la existencia de un contrato de trabajo, pues de vieja data se ha sostenido por nuestro máximo órgano de cierre que se requiere acreditar además la remuneración o salario y sus extremos temporales, para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de la presunción, sobre la base de ese hecho conocido.

Al respecto, no puede pasarse por alto el reconocimiento que realizó el señor Oscar Alonso Aristizábal Hoyos, en el interrogatorio de parte vertido, en el que aceptó haber realizado la liquidación laboral manuscrita, reconocimiento que incluso se infería de lo indicado al dar contestación al hecho 10 de la demanda y que resulta concordante con el documento allegado por la actora visible a folio 63 del expediente, en el que se establece una suma total a pagar de \$931.437 y se discriminan valores por salario mensual, auxilio de transporte, prestaciones sociales y vacaciones de

los años 2015, 2016, 2017 y 2018, estableciéndose como extremos de dicha liquidación el 15 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2018, debiéndose señalar que si bien en el interrogatorio de parte el mencionado demandado indicó que la liquidación fue producto de un ejercicio hipotético para demostrar lo descabellado de la liquidación que se estaba realizando por la universidad nacional, debe recordarse que de esta prueba “interrogatorio de parte” lo que interesa principalmente es aquello en lo que perjudica a la parte, pues lo que le convenga o beneficie será apreciado como simple declaración que requiere prueba, debiéndose señalar que frente a ello, no cumplió la demandada con su carga probatoria en demostrar las razones por las cuales expidió tal liquidación, pues además de la manifestación realizada no existe soporte probatorio alguno que permita colegir que dicha liquidación fue realizada a título ilustrativo.

En este punto, resulta pertinente señalar que los argumentos expuestos por la apoderada recurrente frente a que la no veracidad de la liquidación podría colegirse de las inexactitudes advertidas respecto de lo señalado en la propia demanda como en los diversos documentos allegados y en el interrogatorio de la demandante, debe señalarse que las imprecisiones que alude son con respecto a los extremos de la relación e inclusión de otros derechos que en este asunto no se reclaman, lo que en modo alguno desdibuja la prestación personal del servicio reconocida por los demandados en los interrogatorios absueltos, para realizar labores relacionadas con el servicio doméstico tales como limpiar pisos, muebles y cortinas, debiéndose precisar que aunque la demandante

reconoció que en alguna ocasión la mamá y su hermana acudieron en su reemplazo porque no pudo asistir por temas médicos, no se refirieron las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que esto ocurrió, por lo que tal afirmación no tiene la virtualidad de desvirtuar la prestación personal del servicio, así como tampoco, se observa que podría desvirtuarse la subordinación por el hecho que los horarios o jornada aducida no fueran coincidentes, en los documentos de reclamaciones y liquidaciones allegadas, pues sobre este asunto si se advirtió coincidencia y en todo caso esta se desprende del contenido de la liquidación efectuada pues no habría otra razón para considerar que se debía liquidar prestaciones sociales, sino existiera subordinación, razón por la cual, se confirmará la decisión del fallador de primera instancia en cuanto determinó la existencia de un contrato de trabajo entre las partes, por el periodo comprendido entre el 15 de junio de 2015 y el 15 de junio de 2018.

En esa medida y dado que el punto objeto de controversia giraba en torno al haberse considerado la liquidación como factor determinante para la configuración del contrato de trabajo que generó la condena de prestaciones sociales y aportes al sistema general de seguridad social, mas no los valores ordenados por esta, no se efectuará pronunciamiento sobre el particular en aplicación del principio de consonancia.

De otra parte y respecto a las indemnizaciones moratorias cuya procedencia reclama el apoderado de la parte demandante, bajo el entendido que al haberse realizado la liquidación y no pagarse, se demostraba la mala fe del

empleador, debe indicarse que como se señaló por el a quo dicha indemnización no es automática, dado que, al tener un carácter sancionatorio, le corresponde al juez al momento de decidir, analizar la conducta del empleador con el fin de determinar si estuvo o no revestida de buena fe.

Sobre el tema conviene recordar, lo expuesto por la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL5290-2021, en donde se señaló:

“Asimismo, resulta pertinente explicar que la indemnización moratoria obedece a una sanción por el no pago de salarios y prestaciones sociales y no constituye una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al finiquitar el contrato de trabajo, deje de cancelar al trabajador los salarios y prestaciones sociales adeudados o liquide indebidamente, de ahí que la misma encuentre lugar cuando quiera que, en el marco del proceso, el empleador no aporte razones serias y atendibles de su conducta, en la medida que *razonablemente* lo hubiere llevado al convencimiento de que nada adeudaba por salarios o derechos sociales, lo cual de acreditarse conlleva a ubicar el actuar del obligado en el terreno de la buena fe, y en este caso no procedería la sanción prevista en los preceptos legales referidos (CSJ SL3288-2021).”

En el caso particular, se advierte que los demandados refirieron que no pagaron prestaciones sociales, por cuanto consideraron que en el caso de la demandante, no se causaban dadas las actividades esporádicas y específicas que realizó la demandante en su favor, pues incluso se indicó que la señora Yolima era quien se hacía cargo de las labores del hogar, reconociéndose en algún momento durante el interrogatorio de parte de la demandante que la señora Yolima era quien preparaba los alimentos, advirtiéndose también que en dicha diligencia la demandante reconoció que solo se enteró que tenía derecho a prestaciones cuando en el 2018 otra patrona la liquidó y por ello presentó la reclamación, lo que deja en evidencia que ambas partes actuaban bajo este entendimiento.

Ahora bien, en lo que respecta a la liquidación realizada por el señor Oscar Alonso Aristizábal, debe indicarse que la misma fue elaborada para la época en que terminó el contrato entre las partes, resultando necesario destacar que dados los reconocimientos que tal liquidación conlleva y que el demandado no logró desvirtuar que esta se efectuó a modo de ejemplo o ilustración, siendo la prueba primordial para la configuración del contrato de trabajo, no puede pasarse por alto que en este caso no pudieron establecerse las circunstancias concretas de tiempo y modo en las que se dio la prestación del servicio, por lo que en estos aspectos, nos quedamos con lo señalado por las partes en sus respectivos interrogatorios, lo que conduce a ubicar a los partes en las situaciones fácticas enunciadas en líneas anteriores y situar a los demandados en el terreno de la buena fe, razón por la cual se procederá confirmar la decisión del a quo.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 2 de febrero de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

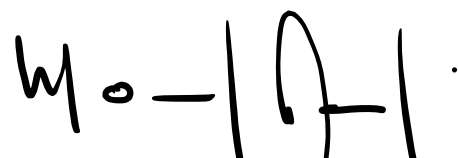
SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR JANETH LOPEZ TORRES contra
ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES,
COLFONDOS S.A., Y PORVENIR S.A.**

RADICADO: 11001 3105 024 2020 00009 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por las apoderadas de Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 30 de septiembre de 2021.

En esta instancia se recibieron alegatos remitidos por los apoderados de las partes.

COLPENSIONES., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que de conformidad a la historia laboral y el expediente administrativo no cumple con la densidad de semanas necesarias exigidas por la SU-062 de 2010 o la SU-130-2013, para poderse trasladarse libremente en cualquier termino entre regímenes, por lo que al momento de la presentación de la demanda la demandante se encontraba inmersa en la

imposibilidad de solicitar el traslado de regímenes en términos del artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

A su vez, PORVENIR S.A., solicitó se revoque el fallo de primera instancia, como quiera que no se configuran los presupuestos de la ineficacia del traslado de régimen pensional, toda vez que el traslado que realizó la actora del RPM al RAIS se realizó de manera libre, voluntaria y consiente, tal y como se expresa en el formulario de afiliación cuya forma preimpresa se encuentra autorizada por la ley, siendo dicho documento prueba de la libertad de afiliación.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende ineficacia del traslado que realizó el 27 de octubre de 1995 a la AFP Colfondos S.A., y posteriormente a Porvenir S.A., el 6 de diciembre de 2001 y como consecuencia de dicha declaración se ordene su regreso al Régimen de Prima Media administrado por COLPENSIONES.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 18 de junio de 1966, señaló que en el año 1986 se afilió al Instituto de los Seguros Sociales, que el 27 de octubre de 1995 se trasladó a la AFP Colfondos y posteriormente realizó un traslado horizontal a Porvenir S.A., el 6 de diciembre de 2001, sin que los asesores a dichos fondos le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 25,48 y 53 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, el Código Civil y la sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados 31989 de 2008, 31314 de 2008, 33083 de 2011, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018, 4989 de 2018 y 1452 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 127 al 146 del plenario, donde opuso a las pretensiones

incoadas en su contra, al considerar que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de traslado señalada en la Ley 797 de 2003 que modificó la Ley 100 de 1993, haciéndose imposible para el Fondo tener a la actora como afiliada en el RPM. Propuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones ante casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad SUI GENERIS de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho novia el consentimiento, inobservancia del principio de la sostenibilidad financiera, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción.

Por su parte, PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante al momento de realizar el traslado de régimen pensional, lo hizo de forma libre, espontánea y completamente informada de forma suficiente y necesaria para entender las condiciones, beneficios, características y consecuencia de trasladarse de régimen pensional. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la afiliación que realizó la actora al RAIS se presentó en virtud de su derecho a libremente escoger el fondo de pensiones que administra sus aportes. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción, compensación, pago inexistencia de perjuicios.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 30 de septiembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación que de la señora JANNET LOPEZ TORRES al RAIS a través de la sociedad COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS el 27 de octubre de 1995, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente fallo.

SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora JANNETH LOPEZ TORRES nunca se vinculó al régimen de ahorro individual con solidaridad, contrario a ello, siempre estuvo en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora JANNET LOPEZ TORRES como cotizaciones , bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado, es decir lo que tenga la demandante en la actualidad en su cuenta de ahorro individual o al momento de realizarse el traslado, junto con los gastos de administración, conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS a trasladar a COLPENSIONES los dineros que haya deducido por concepto de administración.

QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a recibir a la señora JANNET LOPEZ TORRES, como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba estos dineros de COLFONDOS PENSIONES Y CESANTIAS S.A y PORVENIR S.A.

SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la pasiva.

SEPTIMO: SIN CONDENA EN COSTAS EN LA INSTANCIA.

OCTAVO: En caso de no apelarse la presente sentencia, concédase el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la postura mayoritaria de la Sala Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia la cual ha indicado que es un deber de las administradoras de pensiones el deber información al momento en que un trabajador decide vincularse a otro régimen pensional así que su omisión genera la ineficacia del traslado, así como también es deber de las administradoras la información que comprende todas las etapas del proceso de afiliación el deber de proporcionar una información completa y comprensible, sin que el formulario de afiliación sea prueba suficiente para demostrar ese deber de información se requiere un consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PORVENIR S.A, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, al considerar que si bien desde la expedición de la Ley 100 de 1993 existe un deber de información que le era exigible a todas las AFP al momento de vincular a los afiliados no es menos cierto que dicho deber de información se modificó a medida que cambiaba la legislación, por lo que para la fecha en que la actora realizó el traslado de régimen pensional la normativa que se encontraba vigente no le imponía a la AFP carga alguna en cuanto a dejar documentada la información que entregaba a sus potenciales afiliados, así como tampoco a lo correspondiente a Colfondos, razón por la cual el único documento que da lugar a acreditar la eficacia y la existencia del acto jurídico es el formulario de afiliación. Por otro lado indicó que en lo referente a la devolución de los gastos de administración y primas de seguros previsionales señaló que se genera un enriquecimiento sin justa causa comoquiera que Colpensiones no ayudo a la generación de esos gastos de administración ni de los rendimientos financieros durante los 20 años en que estuvo afiliada la actora a la AFP.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación al considerar que de acuerdo a los pruebas practicadas no es posible establecer que se haya sometido a un engaño omisión de información por parte del fondo privado al momento en que se trasladó la actora, así como tampoco se acreditó la densidad de semanas cotizadas al sistema para ser beneficiaria del régimen de transición y aplicar las posibilidades de traslado de la SU-062, por lo que le es aplicable a la actora en su totalidad la disposiciones establecidas en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de

2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.*

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso,

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

De los documentos visibles a folios 292 y 163 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Colfondos S.A., el 27 de octubre de 1995 y a Porvenir S.A., el 6 de diciembre de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que comenzando a laborar en la Universidad La Salle de formar general en el año 1995, unos asesores del fondo privado Colfondos S.A., le indicaron que el Seguro Social se iba acabar y que dicho fondo tenía un respaldo financiero y por tal motivo firmo el formulario de afiliación y posteriormente se trasladó a Porvenir S.A., ya que le informaron que las semanas que había cotizado al ISS no se encontraban reflejadas.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre

dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veinticuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 30 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MIRNA PEREZ LOSADA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00623 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La señora MIRNA PEREZ LOSADA, pretende la nulidad del traslado que realizó a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes a la Caja de Previsión Social desde 1992, señaló que el 4 de marzo de 1997, se trasladó a la AFP PROTECCIÓN S.A., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 4,5, 13, 48,53 y 58 de la Constitución Política, los artículos 1,11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil, las sentencias T-818 de 2007 y T-

398 de 2009 de la Corte Constitucional y la sentencias de la Cortes Suprema de Justicia con radicados N°12136 de 2014,31989 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 111 al 114 del plenario, donde se inhibe de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que que la parte actora al momento de iniciar sus cotizaciones al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones se encontraba vinculada en la Caja Nacional de Previsión Social CAJANAL. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe y la genérica.

Por su parte, PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el formulario de afiliación a la AFP es un acto existente, valido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, buen fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de julio de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MIRNA PEREZ LOSADA, al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 4 de marzo de 1997, por intermedio de la entonces ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A., y , en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MIRNA PEREZ LOSADA identificada con C.C. 26.501.369 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas, fijando como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la demandante.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSÚLTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia en cuanto a la condena de trasladar los conceptos de cuotas de administración y de seguro previsional, al considerar que en el tiempo que la demandante estuvo afiliada en la AFP, la misma realizó un excelente administración de la cuenta de ahorro individual, esto se evidencia de conformidad a los rendimientos generados superando en un doble los aportes realizados por la actora, en consecuencia resaltó que ordenar dicho traslado se estaría desconociendo el derecho de las restituciones mutuas. Por otra parte precisó que dichos descuentos se realizan de conformidad al artículo 20 de la Ley 100 de 1993.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su inconformidad de pertenecer al fondo privado y en consecuencia a la fecha se encuentra vencida, que no denota que las alegadas falencias, engaño, falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que

perfecciona el acto jurídico ineficaz de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio y la Sentencia SL- 413 de 2018.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 40 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A., el 4 de marzo de 1997.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que cotizó a CAJANAL, posteriormente se pasó al Seguro Social y al estar trabajando en salud Colmena, en el año de 1997, se acercó un asesor de Colmena hoy

Protección S.A., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y por ende los aportes a pensión estarían en riesgo y que al trasladarse la pensión sería más alta, así como también que podría pensionarse de manera anticipada y podría retirar sus aportes sin ninguna limitación o restricción y por tal razón se trasladó de régimen pensional.

Así las cosas, pese a que obran formularios de afiliación a los fondos de pensiones, los mismos no resultan suficientes, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SI 17595-2017 y SI 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

En lo que toca con la solicitud de condenas a cargo de la demandada Colpensiones, en un caso con similares supuestos facticos, la Sala de

Casación Laboral, resolvió la situación bajo las siguientes premisas contenidas en la SL-2208-2021, expresando lo siguiente:

En efecto, la Ley 100 de 1993 creó el Sistema General de Pensiones, conformado por dos regímenes solidarios y excluyentes, a saber: i) el de prima media con prestación definida y, ii) el de ahorro individual con solidaridad. El artículo 52 ibidem asignó al ISS, la competencia general para la administración del régimen de prima media con prestación definida. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 25 Así mismo, autorizó a las cajas, fondos o entidades de seguridad social del sector público, para continuar administrando dicho régimen: «respecto de sus afiliados y mientras dichas entidades subsistan», sin perjuicio de que sus afiliados se acogieran a alguno de los regímenes regulados en la misma ley. De modo que, la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal EICE, quedó temporalmente habilitada para administrar el régimen solidario de prima media con prestación definida, respecto de sus afiliados; sin embargo, quienes no se encontraban vinculados a la vigencia de la Ley 100 de 1993, así como los nuevos afiliados que optaron por el RPMPD, los vinculados a cajas fondos o entidades de previsión social «cuya liquidación se ordenare» y los que se trasladaron voluntariamente, fueron inscritos al ISS, hoy Colpensiones. Por su parte, el Decreto 2196 de 12 de junio de 2009 - artículos 3.º y 4.º- ordenó la supresión y liquidación de Cajanal EICE y determinó el traslado de sus afiliados al ISS, dentro del mes siguiente a la vigencia de tal disposición, es decir, en el mes de julio de esa calenda. Razón por la que dejó a cargo del proceso liquidatorio de Cajanal el reconocimiento de las pensiones de los afiliados que «adquirieron el derecho» a la prestación en la fecha en que se hiciere efectivo el traslado al ISS y la administración de la nómina de pensionados hasta cuando esta función la asumiera la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP. Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 26 Igualmente, se tiene que la Ley 1151 de 2007 -por la cual se expidió el Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010- en su artículo 155 creó una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente – Colpensiones-, cuyo objeto consiste en la administración estatal del régimen de prima media con prestación definida (Decreto extraordinario 4121 de 2011). A su vez, en el artículo 156 se ordenó la creación de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y, entre otras funciones, le encargó el reconocimiento de los derechos pensionales y prestaciones económicas anteriormente a cargo de las administradoras exclusivas de servidores públicos del régimen de prima media con prestación definida del orden nacional, «causados hasta su cesación de actividades como administradoras; así como los correspondientes a servidores públicos que cumplieron el tiempo de servicio requerido por ley y sin contar con el requisito de edad, pero que estaban retirados o desafiliados del RPMPD con anterioridad a su cesación de actividades como administradoras». Ahora, si bien la Ley 100 de 1993 estableció que el Instituto de Seguros Sociales era el administrador natural del régimen solidario de prima media con prestación definida, a partir de su supresión y liquidación ordenada por el Decreto 2013 de 2012, dicho fondo fue relevado por la Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 27 Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, entidad que conforme la ya mencionada Ley 1151 de 2007 le asignó, entre otros aspectos, ser titular de las pensiones del régimen de prima media con prestación definida del ISS y de Caprecom, «salvo el caso de los afiliados a esta última entidad que causaron el derecho a la pensión antes de la vigencia del Decreto 2011», las cuales quedaron a cargo de la misma mientras la UGPP y el Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional asumían dichas competencias. Entonces, es claro que para la fecha en que la accionante dejó de cotizar en Cajanal -31 de enero de 1997- y se trasladó al RAIS no tenía aún un derecho consolidado, pues apenas contaba con 34 años de edad y «638.14» semanas de cotización; luego, su situación no se enmarca en las excepciones que previeron las referidas disposiciones para concluir que era la UGPP quien debía responder por las consecuencias de la declaratoria de ineficacia. Por tanto, teniendo en cuenta el marco normativo que rige la materia y, ante la liquidación y supresión de Cajanal EICE, es a Colpensiones a quien le

corresponde recibir la totalidad de los aportes realizados por la accionante a Colfondos S.A., junto con los rendimientos financieros. Puesto que como se analizó, las cajas de previsión tenían la facultad legal de administrar el régimen de prima media, y si la actora cotizó a la extinta Cajanal, ello implicaba considerar que la vigencia de su afiliación lo fue al régimen de prima media con prestación definida y la migración al régimen de Radicación n.º 86285 SCLAJPT-10 V.00 28 ahorro individual con solidaridad se tornó en un verdadero traslado de régimen pensional.

Bajo la premisa anterior se confirmarán las condenas impuestas a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 12 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

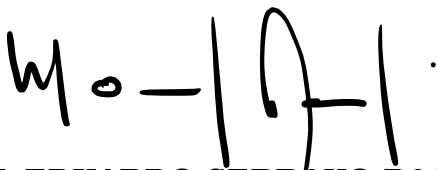
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized letters and a horizontal line, followed by a period.

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CARLOS JULIO CARDENAS JIMENEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00794 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver los recursos de apelación presentados por los apoderados de Protección y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de septiembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El señor Carlos Julio Cárdenas, pretende la nulidad que realizó a Davivir S.A. hoy Protección S.A., el 23 de mayo de 1994, y como consecuencia de dicha declaratoria condenar a la AFP trasladar al Régimen de Prima Media la totalidad de las cotizaciones efectuadas, aportes, rendimientos, cuotas de administración, bonos pensionales y comisiones y por consiguiente ordenar a Colpensiones a registrar y activar la afiliación. Sustento sus pretensiones, en que efectuó aportes al Seguro Social desde 1980, que el 25 de mayo de 1994, se trasladó a Davivir S.A hoy Protección S.A., sin que se le suministrara la información completa comprensible sobre las diferentes alternativas para la elección de su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13,48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 11 y 288 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1502, 1508, 1510, 1511, 1740, 1741, 1742, 1746 del Código Civil, el Decreto 656 de 1994, las sentencia de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N° 31314 de 2008, 33083 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 93 al 101 del plenario, donde se opuso a todas las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que se evidencia que el traslado al RAIS en el año 1994, se realizó con el lleno de los requisitos legales, razón por la cual el mismo a la fecha goza de plena validez. Propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la genérica.

Por su parte, PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el formulario de afiliación a la AFP es un acto existente, valido, exento de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, genérica, inexistencia de la obligación de devolver.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de septiembre de 2021, el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por el señor CARLOS JULIO CARDENAS JIMENEZ al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 23 de mayo de 1994, por intermedio de la ADMINISTRADOR DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCION S.A., y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración

y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual del señor CARLOS JULIO CARDENAS JIMENEZ identificado con C.C. 11.430.299 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones-COLPENSIONES a activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión. CONSULTESE CON EL SUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como fundamento de su decisión, señaló que en jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia, ha indicado que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y el deseo del afiliado se requiere que la Administradora de Ahorro Individual haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no solo lo favorable, sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado, incluso desanimar al interesado de tomar una decisión que perjudique sus intereses por lo que la omisión de dicha afiliación trae como consecuencia la ineficacia del traslado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia de primera instancia al considerar que el artículo 60 de la Ley 100 de 1993, establece que en el régimen individual una parte se destina al pago de primas de seguros, financiar el fondo de solidaridad y los gastos de administración, por lo que devolver dichos gastos constituye una sobre remuneración injustificada, toda vez que las gestiones de administración generaron unos rendimientos financieros que no serán reconocidos, resaltó que dichos descuentos se encuentran autorizadas por la ley. Refirió que en lo referente a la condena en costas es improcedente, toda vez que la AFP no cuenta con soporte normativo legal que lo autorice a realizar un traslado de régimen pensional a menos de 10 años de adquirir el derecho.

COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación, al considerar que bajo la figura de la ineficacia y no la nulidad se evidencia que con el paso del tiempo la parte actora nunca realizó actos que sugieran su inconformidad de pertenecer a la AFP y en consecuencia a la fecha se encuentra vencida, que no denota que las alegadas falencias, engaño, falta de información sean contrarias al fenómeno jurídico de la ratificación que perfecciona el acto jurídico ineficaz de conformidad con el artículo 898 del Código de Comercio y la Sentencia SL- 413 de 2018.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional,

cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter

*exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 40 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Davivir hoy Protección S.A., el 23 de mayo de 1995.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que por disposición del representante legal de la sociedad en la cual se encontraba trabajando, se trasladó a Davivir S.A., hoy Protección S.A., precisa que el asesor del fondo solo se acercó con el fin del diligenciamiento del formulario, sin que le brindaran ningún tipo de información.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias Sl 17595-2017 y Sl 4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Ahora bien, en lo referente a la inconformidad expresada por la parte recurrente en relación a la imposición de costas a las demandadas, se tiene que de conformidad al numeral 1 del artículo 365 del Código General del

Proceso impone dicho pago a la parte que resulte vencida en el proceso, en consecuencia se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 20 de septiembre de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por JOSE ALBERTO VARGAS RODRIGUEZ contra INVERSIONES & CONSTRUCCIONES LUJO S EN C – ICL DESARROLLO URBANO EN LIQUIDACIÓN JUDICIAL.

RADICADO: 11001 3105 032 2018 00257 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la parte actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2020.

En esta instancia el apoderado de la demandada, presentó alegatos de conclusión en los que solicitó confirmar la decisión teniendo en cuenta que en los archivos de la sociedad no figuraba por ninguna parte que el demandante hubiera sido trabajador de la misma, máxime que lo único que existía era una cuenta por pagar de honorarios por valor de \$11.500.000, el demandante incurrió en contradicciones, no existía un solo soporte que determinara que el demandante tenía honorarios por \$3.500.000, ni existía indicio que el demandante cumpliera horario o estuviera subordinado, además que el demandante adujo en su interrogatorio que no existió un contrato de trabajo pero que él creía que era una relación laboral pero no estaba seguro, sin que pudiera pasarse por alto que el demandante señaló que vendía gravilla y que no hubo obras a desarrollar lo que desvirtuaba que fuera empleado de la demandada y tuviera un salario como el mencionado.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre él y la sociedad demandada, durante el periodo comprendido entre el 1 de noviembre de 2016 y el 15 de febrero de 2018, así como, que se declararan como solidariamente responsables a los señores José del Carmen Patiño Parra, José Manuel Patiño Guerrero y Luz Adriana Patiño Guerrero, en consecuencia, se condenara a los demandados a pagar diferencia mensual de salarios dejados de cancelar desde el 1° de noviembre hasta el 30 de junio de 2017, sueldo de 1° de julio de 2017 al 15 de febrero de 2018,

prestaciones sociales y vacaciones por todo el tiempo de la relación laboral, indemnización moratoria del art. 65 del C.S.T. e indemnización moratoria por no consignación de cesantías, aportes a pensión y gastos y costas del proceso.

En sustento de sus pretensiones manifestó que el señor José del Carmen Patiño Parra como gerente ICL Desarrollo Urbano contrato sus servicios desde el 1° de noviembre de 2016, siendo contratado como ingeniero director de obra en el proyecto entre lagos en Villavicencio, que el contrato celebrado fue verbal y a término indefinido, que el salario pactado fue de \$3.500.000, que la tarea encomendada era la de controlar ingreso y egreso de materiales a la obra, control de empleados, maquinaria, venta de gravilla arena y recebo, que el contrato se extendió hasta el 15 de febrero de 2018, que la demandada desde el inicio incumplió con el pago mensual del salario y se ordenó descontar de la venta de materiales para su sueldo algunas sumas de dinero y que con posterioridad a julio de 2017 y hasta febrero de 2018, permaneció al frente de la obra si recibir instrucciones hasta cuando la empresa entró en liquidación.

Como fundamento normativo citó los artículos 23 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 22, 23, 47, 55, 61, 65, 140, 186, 230 y 249 del C.S.T. y los artículos 82, 83, 84, 85, 89, 91 y 96 del C.G.P.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad Inversiones & Construcciones Lujo S en C – ICL Desarrollo Urbano en Liquidación Judicial, contestó la demanda, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por carecer de sustento de hecho y derecho, ya que no es cierto que hubiera existido un contrato de trabajo entre las partes pues conforme a las evidencias que se encontraron en los archivos de la sociedad demandada, lo que se suscribió fue un contrato de prestación de servicios, ya que los únicos documentos que aparecen es un soporte de cuenta por pagar de honorarios por valor de \$11.500.000. Propuso las excepciones de mérito que denominó: cobro de lo no debido por inexistencia de relación laboral, abuso del derecho, temeridad de la acción, inaplicabilidad de la indemnización moratoria por haber buena fe de la sociedad demandada.

Mediante auto del 4 de diciembre de 2018, notificado por estado el día 5 del mismo mes y año, se aceptó el desistimiento de la demanda contra Luz Adriana Patiño Guerrero y José Manuel Patiño Guerreño, igual situación ocurrió respecto del señor José del Carmen Patiño Parra, mediante auto del 28 de mayo de 2019, notificado por estado el 29 del mismo mes y año.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de noviembre de 2020, el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de cobro de lo no debido por inexistencia de la relación laboral, de acuerdo con lo expuesto en l parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada INVERSIONES Y CONSTRUCCIONES LUJO S. EN C. ICL DESARROLLO URBANO EN LIQUIDACIÓN de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

TERCERO: CONDENAR en costas al demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio SMLMV.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, envíense las presentes diligencias al H. Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral para que se surta el grado jurisdiccional de consulta en favor del demandante.

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo lo señalado en los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T. y del análisis de las pruebas allegadas y practicadas, se desprendía que aunque no se desconocía que el demandante prestó unos servicios personales para la demandada como ingeniero, no pudo determinarse las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dieron los mismos, ya que, no pudo establecerse si los servicios personales fueron contratados directamente por la demandada, si los mismos fueron ejecutados de forma continua y permanente y que estos se hubiesen efectuado dentro de los extremos temporales aducidos, por lo que ante la orfandad probatoria no podía establecerse si quiera sumariamente que la relación estuvo revestida por los elementos con figurantes de un contrato de trabajo.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado del actor refirió que no se encontraba de acuerdo con la decisión, en razón a que su representado estuvo pendiente de la obra para adelantar trabajos de infraestructura y vigilar a los trabajadores en el horario establecido, señalando que otra cosa era que el gerente hubiese desaparecido, razón por la cual, la relación se estaba solicitando hasta febrero de 2018, por cuanto el artículo 140 del C.S.T. establecía la causación de salarios y prestaciones sociales aunque no hubiera prestación del servicio por culpa del empleador, por lo que frente a la contradicción aducida por la parte demandada y el juez, se presentaba lo expuesto en el artículo 140 del C.S.T., reiterando que el trabajador no tenía culpa que el empleador hubiera desaparecido, adicionalmente, resaltó que las publicaciones de emplazamiento a quienes quisieran intervenir en el proceso de liquidación se hicieron hasta febrero, pero como no contaba con título primero tocaba acudir a la jurisdicción ordinaria, también indicó que el testigo manifestó en que época el demandante empezó a prestar servicios y que su representado en el interrogatorio es coincidente con los trabajos que desarrollo, el vademécum que llevaba, las reuniones que realizaba y que tal compendio aparece firmado por otras personas que tenían nivel directivo en ICL que estaban reconocidos en listado como funcionarios de la sociedad.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable determinar que, entre las partes, existió contrato de trabajo desde el 1° de noviembre de 2016 hasta el 15 de febrero de 2018 y en caso afirmativo estudiar si resulta procedente acceder a las condenas pretendidas con la demanda.

Para resolver lo pertinente, se debe considerar que el Código Sustantivo del Trabajo define en el artículo 22 el contrato de trabajo como “aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración”.

A su vez el artículo 23 de la referida norma, subrogado por el artículo 1.° de la Ley 50 de 1990, agrega que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: a) La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo, b) La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato y c) un salario como retribución del servicio.

El artículo 24, subrogado por la Ley 50 de 1990 artículo 2°, establece una presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo. La jurisprudencia y la doctrina han aceptado al respecto, que si concurren los elementos de actividad personal y remuneración, el otro elemento que contempla el literal b) del artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, la subordinación, se debe presumir salvo prueba en contrario. Por ello, si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal del citado artículo 24, probar que no existió el elemento subordinación en esa relación.

Es preciso señalar que, como es bien sabido y según el principio de la carga probatoria, corresponde a quien es demandado en calidad de empleador por incumplimiento de obligaciones a su cargo, contraprobar las omisiones que niega que, al no desvirtuar, se dan por ciertas. De igual forma, que los hechos declarados que no tengan esta característica de negaciones indefinidas son susceptibles de probarse por quien los interpela y que al hacerlo asume tal carga, por lo cual deviene la lógica previsión legal, según la cual, las partes deben acreditar los supuestos de hecho de los efectos jurídicos que persiguen.

En este caso, la parte actora con miras a probar la existencia del contrato de trabajo, allegó documento denominado directorio de personas y entidades comprometidas con la empresa (fl. 21), en el que se registra al demandante como director de obras, Actas de comité de obra

No. 3 de fecha 12 de diciembre de 2012 (fl. 22 y 23) y No. 4 de fecha 19 de diciembre de 2016 (fl. 24 y 25) en las que se suscribe las mismas por el demandante como Director de obras, también se allegó memorando de fecha 14 de diciembre de 2016, enviado por el demandante como director de obra al servicio de seguridad furtiva con asunto seriedad en la prestación del servicio de vigilancia y celaduría en el proyecto entrelagos condominio campestre (fl. 26) y Bitácora de actividades 1 – noviembre 2016 (documento manuscrito).

Así mismo, se recibió el interrogatorio de parte del señor Eddier Castro Gutiérrez, liquidador de la empresa demandada, quien mencionó que dentro de los documentos que fueron entregados a la liquidación no había contratos laborales ni se tenía afiliado como empleador a ninguna persona en el sistema general de seguridad social, no obstante, los acreedores habían ido allegando documentos al proceso liquidatorio, que el demandante no ha presentado reclamación alguna ante el mismo, que dentro del proceso no hay ni un solo crédito de primera categoría pero el demandante esta relacionado como acreedor “prestador servicio” aspecto que se acompasa con el documento denominado libro auxiliar entre el 01/01/2017 y el 31/12/2017, allegado por la demandada junto con la contestación de la demanda (fl.), en el que se registra en el acápite de gastos administrativo – ventas y finanzas, con respecto al demandante: fecha: 30 de noviembre de 2017, nota “Ajustes servicios por el contra” y débitos \$11.500.000.

También, se recepcionó el interrogatorio de parte del demandante, en el que el mismo indicó que era ingeniero de transportes y vías, que fue contratado como director de obras pero que terminó haciendo labores que no eran de su incumbencia, tales como la venta de materiales, y que de esas ventas a veces se tomaba dinero pues no le pagaban salarios, señaló que le debían salarios de mas de un año, que no fue afiliado por la demandada ni él se afilió a SGSS, que llevó bitácora hasta mayo/ junio de 2017, pero de ahí para allá no recibió pago y entre julio de 2017 y febrero de 2018 iba era a cobrar, así mismo, señaló que el señor Patiño dijo que le pagaría \$3.500.000, no sabía cómo fue contratado que el entendió que lo contrataban por meses como un empleado, pero que sobre el pago de primas y cesantías nunca hablaron.

Finalmente, se recibió el testimonio del señor Héctor Hernando Arias Galindo, quien refirió conocer al demandante de antaño, desde la universidad y señaló que el demandante trabajó en entre lagos desde finales del año 2016, que lo sabía porque conocía al gerente del proyecto señor Patiño y éste le habían hecho el ofrecimiento a él, pero como no podía en ese momento le recomendó al demandante e incluso mencionó que llevó al señor Vargas Rodríguez al condominio y este empezó a trabajar allá, para hacer actividades de alcantarillado, vías excavaciones, acopio de materiales y maquinaria, que la función que a él le habían dicho era la de encargarse del proyecto como ingeniero principal, también señaló que el demandante le comentó que no le habían firmado contrato y que el salario era de \$3.500.000, pero que no le cumplían lo pactado, también indicó que en el sitio

vendían gravilla pero que esa no era la única actividad que realizaba el demandante, que había ido al sitio en algunas ocasiones por ahí una vez cada tres meses, pero no podía precisar cuantas veces fue, que el demandante trabajó hasta cuando empezó el lio de que se iba a liquidar la sociedad, que la superintendencia empezó a actuar finales del año 2017 o comienzos del año 2018, lo que le constaba porque el tenía un lote en el proyecto y allá vivía el suegro y que en esos últimos días el estaba en el proyecto pendiente.

Así las cosas, del acervo probatorio recaudado en el expediente, lo primero que debe señalarse es que aunque podría inferirse que el demandante prestó servicios a la demandada según se desprende de las actas de comité de obra aportadas y la acreencia reconocida en el documento denominado libro auxiliar, las mismas no permiten establecer en que consistía la actividad desplegada con exactitud y las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurría la misma, debiéndose señalar en este punto que el documento denominado directorio de personas aunque se expide en papelería de ICL carece de firma, el memorando no tiene fecha de recibido y la bitácora no cuenta con sello, membrete, firma y/o recibido alguno que pueda asociarse con la demandada, por lo que carecen de certeza en su elaboración.

Aunado a lo anterior, no puede pasarse por alto que el demandante reconoció en el interrogatorio de parte que no sabía como lo contrataron ni se habló de primas o cesantías y que aunque fue contratado como director de obras terminó haciendo otras cosas como la venta de materiales, que quien

verificaba el horario eran los celadores y que a partir de julio de 2017 y hasta febrero de 2018, solo iba al sitio a cobrar, es decir, que desde esa fecha dejó de prestar servicios, aspecto que es contrario a lo señalado por el mismo demandante en su demanda y por su parte el testimonio practicado no tiene un conocimiento directo de los hechos, pues la mayoría de cosas le constan por el ofrecimiento que le habían realizado primigeniamente a éste y por lo que le contaba el demandante, sin que pudieran determinarse con claridad los extremos de la relación laboral, pues el testigo indica que a finales del 2016 fue el ofrecimiento y la prestación del demandante fue hasta finales del año 2017 o comienzos del 2018, cuando la superintendencia empezó a actuar, lo cual es bastante impreciso y de todas maneras opuesto a lo mencionado por el demandante en su declaración.

En gracia de discusión y si se estableciera de las documentales aducidas una prestación personal del servicio, debe tenerse presente que no puede aspirarse al reconocimiento de un contrato laboral, solamente con la presunción legal prevista en el art. 24 del C.S.T. subrogado por la Ley 50 de 1990, art. 2°, por cuanto la misma, puede ser desvirtuada con el acervo probatorio que legalmente se practica en el juicio ante el juez laboral, pero en todo caso, se debe partir de la existencia de un hecho probado, el de la prestación del servicio, su remuneración o salario y sus extremos temporales, para que en esa medida, cobre vigencia la aplicación de las presunciones, sobre la base de ese hecho conocido.

En este sentido se ha manifestado la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, así:

“La presunción legal a que se refiere el artículo 24 no define necesariamente la contienda, con imposición de derecho. Su virtud consiste en relevar al trabajador de toda otra actividad probatoria, en torno a la existencia del vínculo contractual; pero si la única que está obligado a desplegar conlleva la negación de la subordinación, mal puede lograrse el reconocimiento de un contrato de trabajo. Todavía más: si la presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza, así provenga ella del propio trabajador, el resultado desestimatorio será el mismo, pues una cosa es la ventaja probatoria que implica la presunción legal y otra muy distinta la definición de la litis por el mérito de las pruebas”. (Ver entre otras, CSJ, Cas. Laboral, sentencia abr. 9/65, Rev. D. del T. N ° 244-46, pág. 163.)

De igual forma, debe tenerse en cuenta que la Jurisprudencia ha sido reiterativa y pacífica en señalar, entre otras en la SL676-2021 10/02/2021, que enuncia:

“Quien pretenda la declaratoria de un contrato de trabajo, debe acreditar, por lo menos la prestación personal del servicio y los extremos temporales en los cuales afirma se desarrolló la labor, para dar aplicación a la presunción contenida en el artículo 24 del CST”.

De acuerdo con lo anterior, se tiene que en el caso bajo estudio además de lo señalado frente a la prestación personal se encontraría pendiente acreditar el extremo inicial y final de la relación laboral, lo que impide establecer que en este caso existió un contrato de trabajo entre las partes, razón por la cual se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo del demandante.

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

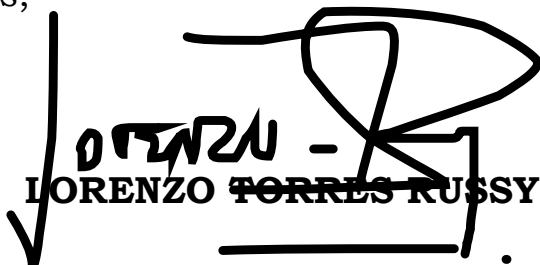
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de noviembre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo del demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,



LORENZO TORRES RUSSY



MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de \$200.000, inclúyanse en la

liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por LUISA FERNANDA VARGAS LOZANO contra HOLGUÍN Y CIA SERVICIOS TEMPORALES S.A.S. y PEPSICO ALIMENTOS ZF LTDA.

RADICADO: 11001 3105 032 2019 00623 01

Bogotá D. C., Veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C., procede a resolver el recurso de apelación presentado por la actora respecto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 5 de marzo de 2021.

En esta instancia se allegaron alegatos por el apoderado de las demandadas, en donde indicó que era infundada la decisión de declarar como único empleador a la empresa Pepsico Alimentos ZF LTDA, pues la ley 50 de 1990, en sus artículos 71 y subsiguientes regulaba todo lo relacionado con las empresas de SERVICIOS TEMPORALES, siendo ésta la directa responsable de todas las obligaciones de sus trabajadores en misión y sin que la relación que tuviera con los mismos pudiera extenderse a la empresa usuaria, sobre los demás aspectos solicitó confirmar la decisión ante la inexistencia de culpa patronal y de debilidad manifiesta de la demandante.

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara que entre ella y la empresa Holguín y Cia, existió un contrato por obra o labor desde el 7 de marzo de 2011 hasta el 16 de julio de 2011, que tal contrato en realidad era un contrato a término indefinido y que el mismo fue terminado sin justa causa, desconociendo su estado de debilidad manifiesta, así como se declarara que el 14 de mayo de 2011, sufrió un accidente laboral, el cual se produjo por culpa del empleador y que Pepsico era solidariamente responsable de las condenas, en consecuencia, se condenara a la demandada a reintegrarla y a pagarle los salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes al SGSS, desde el despido hasta el reintegro efectivo, al pago de los perjuicios por daño emergente y lucro cesante, perjuicios morales, perjuicios por afectación de condiciones de existencia, intereses moratorios, indexación de las sumas, lo

que resultare probado ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicitó el pago de la indemnización por despido injusto.

En sustento de sus pretensiones, mencionó que ingresó a trabajar a la empresa HOLGUIN & CIA, el 7 de marzo de 2011, mediante un contrato por obra o labor, ingresando en óptimas condiciones de salud para desempeñarse como Auxiliar de Planta en la empresa Pepsico Colombia Zona Franca, teniendo como funciones, el sellado de empaque de tortillas; que el día 14 de mayo de 2011, durante su jornada laboral, tropezó con una silla que se encontraba al lado de la plataforma, elemento que no formaba parte del puesto de trabajo, sufrido una caída, sentada a una altura de 60 cms, que le ocasionó fuertes dolores en zona lumbar, dejando de sentir sus extremidades inferiores; que con ocasión al accidente fue incapacitada en 6 ocasiones; que el día 16 de julio de 2011, la empresa Holguín y Cia, envió a su domicilio un funcionario, quien le puso de presente carta de renuncia voluntaria, sin tener en cuenta que se encontraba en incapacidad, en tratamiento médico y en proceso de calificación; que ante la negativa de firmar la carta de renuncia, la empresa Holguín & Cia, procedió a consignar la liquidación, el 25 de agosto de 2011, mediante título de depósito a través de un Juzgado; que en última instancia fue calificada por la JNCI, quien mediante dictamen No. 35528654-13880 del 07 de septiembre de 2016, calificó el diagnóstico especificado de lumbalgia post traumática crónica, origen accidente de trabajo, PCL de 13.50%, y fecha de estructuración 14 de enero de 2016.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 13 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos 45 y 216 del C.S.T., así como trajo a colación las sentencias de radicación No. 27501 del 4 de julio de 2006, 70342 del 8 de agosto de 2018 y SL1463-2018, expedidas por la Corte Suprema de Justicia y la sentencia expedida dentro del expediente No. 200300907 00, por el Consejo de Estado.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Holguín Y Cia Servicios Temporales SAS, contestó la demanda, como se observa a folios 205 a 222 del expediente digital, señalando que se oponía a las pretensiones, por cuanto entre las partes se suscribió un contrato de duración de una obra o labor determinada, cuyos extremos temporales se dieron entre el 07 de marzo de 2011 hasta el 16 de julio de 2011, a causa de que la actora abandonó su puesto de trabajo; también señaló que la actora no cumplía las condiciones para ser merecedora de una debilidad manifiesta y si bien se presentó el accidente relacionado, en el mismo no existió culpa del empleador pues se produjo por un caso fortuito que fue imposible prever, razón por la cual las reclamaciones presentadas no eran fundadas. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y las demás que el juzgado encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

Por su parte, Pepsico Alimentos Z.F. Ltda, dio contestación a la demanda como se observa a folios 253 a 270 del expediente digital, en la que se opuso a las pretensiones, por cuanto entre la actor y la empresa no había existido relación laboral alguna, aclarando que entre su representada y la empresa Holguín y Cia Servicios Temporales SAS, existió un contrato de prestación de servicios para el suministro de personal en misión, lo cual de ninguna manera implicaba existencia de relación laboral entre el personal en misión enviado a sus instalaciones y los trabajadores de la empresa de servicios temporales, por lo que la única y verdadera empleadora de la demandante era la empresa de servicios temporales Holguín y Cia; que el accidente que alude sufrió la demandante en las instalaciones de PepsiCo Alimentos ZF LTDA, acaeció en su condición de trabajadora en misión, lo que de ninguna manera implicaba la existencia de un contrato de trabajo; así concluyó que la relación laboral entre el trabajador en misión y la EST, no se extendía a la empresa usuaria, por lo que no había subordinación, ni dependencia y tampoco remuneración, razón por la cual no se podía reclamar ningún tipo de perjuicio o indemnización a la misma. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido, buena fe y las demás que el juzgado encuentre probadas y que por no requerir formulación expresa declare de oficio.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 5 de marzo de 2021, el Juzgado Treinta y dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de inexistencia de las obligaciones a cargo del demandado, cobro de lo no debido y prescripción, conforme las consideraciones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas HOLGUÍN Y CIA SERVICIOS TEMPORALES SAS y PEPSICO ALIMENTOS ZF LTDA. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante LUISA FERNANDA VARGAS LOZANO.

TERCERO: CONDENAR en costas a la demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho la suma de \$100.000 a favor de cada una de ellas.

CUARTO: - En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de su decisión argumentó que de las pruebas documentales allegadas tales como la oferta mercantil y orden de suministro, no se acreditó en debida forma que la contratación en PepsiCo atendía a alguno de los eventos contemplados en el art. 77 L. 50/90 y que al no poderse esclarecer como era la obra o labor determinada concluyó que el contrato era a término indefinido en donde Holguín y Cia fungía como intermediario y como verdadero empleador PepsiCo. Respecto a la terminación del contrato, se indicó que al determinarse que la demandante no presentaba incapacidad con posterioridad al 16/07/2011 debía presentarse a prestar los servicios, pero de acuerdo con la documental y testimonios vertidos especialmente el de Doris Santana y Manuela Osorio, se determinó que el contrato finalizó por abandono de cargo. Respecto al reintegro solicitado se indicó que además de lo anterior se tenía que la demandante había sido calificada con una PCL del 13,50% lo

que impedía que la demandante pudiera estar cobijada por estabilidad laboral reforzada conforme al criterio de la C.S.J. S.C.L y en todo caso había operado la prescripción. Finalmente frente a los perjuicios reclamados derivados de la culpa patronal, se indicó que si bien se allegaron pruebas del accidente de trabajo, consultas médicas, se evidenció contradicción entre la versión de la demandante frente al accidente, lo señalado en la documental por atención médica y lo dicho ante las entidades calificadoras; en todo caso obraban pruebas tales como los testimonios recepcionados de los que se colegía que a la trabajadora se le suministraban elementos de protección personal y capacitaciones sobre el uso de los mismos y otros aspectos de seguridad, por lo que concluyó que el empleador cumplió con las obligaciones y si bien ocurrió el accidente el mismo no fue por culpa del empleador.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, presentó recurso de apelación, argumentando que estaba en desacuerdo con la decisión frente a la terminación del contrato y despido, por cuanto el abandono de cargo no se había probado, dado que lo señalado por la testigo Manuela Carolina Osorio, fue lo que le dijeron en la empresa y de haberse presentado tal situación la empresa debió haber dejado una constancia sobre el particular por la contingencia del accidente laboral, máxime que la testigo, que vive en el mismo conjunto que la actora manifestó que se había encontrado con dos funcionarios de la empresa que estaban buscando la casa de la demandante

cuando ésta estaba incapacitada, con lo que se podía probar que ese día fueron a buscar a la demandante y le llevaron la carta o liquidación que se allegó al expediente y procedieron a consignar la liquidación porque Luisa no firmó de manera voluntaria la carta.

Acto seguido, refirió que teniendo en cuenta que la demandante estaba incapacitada y aunque la ley Clopatofsky establecía unos rangos de discapacidad, no podía pasarse por alto que la Corte Constitucional establecía que el fuero de salud aplicaba cuando las personas estaban en periodo de calificación, por lo que estaba en desacuerdo por su inaplicación, máxime la posición débil que ostentaba el trabajador frente al manejo documental en cabeza del empleador, así mismo, mencionó que no estaba de acuerdo con la excepción de prescripción aplicada sobre el asunto tomando como extremo la ocurrencia del accidente.

Finalmente, respecto a la culpa patronal señaló que cuando se interrogó a los testigos la señora Manuela indicó que era una plataforma pequeña, en la que cabían solo dos personas y no tenía baranda, lo mismo señaló la demandante en el interrogatorio, sin saber porque se puso una silla; en ese contexto, se podía probar que no había una baranda, pues el medico laboral que no estaba para la fecha del accidente indicó que el lugar tenía barandas y sillas, de manera que si hubiera habido una baranda la demandante no se hubiera caído, razones por las que solicitó revisar todo el fallo y acceder a las pretensiones.

Por su parte, el apoderado de las demandadas presentó reparo respecto a que se hubiera declarado a la empresa de servicios temporales Holguín y Cía como intermediaria, ya que ello no se probó de manera suficiente, en tanto que el contrato se desarrollaba bajo las condiciones establecidas en la ley; la empresa se encontraba legalmente constituida y autorizada para funcionar, sin que se exigiera alguna prueba adicional para demostrar el incremento de producción o de las otras causales que permitía la ley, pues el término de duración no excedió si quiera de los 6 meses, por lo que solicitó se tuviera en cuenta que el empleador de la demandante fue Holguín y Cía.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará cual empresa fungió como verdadero empleador de la demandante, si el contrato terminó por decisión del empleador; si resultaba procedente el reintegro y si en este asunto la demandada tuvo culpa en el accidente de trabajo sufrido por la actora, y si en consecuencia, debe reconocer los perjuicios reclamados.

En este caso, no existe controversia en los siguientes puntos: i) que la demandante prestó sus servicios a la empresa PepsiCo, mediante un contrato de trabajo a término indefinido, durante el periodo comprendido entre el 7 de marzo de 2011 y el 16 de julio de 2011 y ii) la demandante

sufrió un accidente de trabajo, el día 14 de mayo de 2011, dentro de las instalaciones de Pepsico Colombia.

En primer lugar se abordará el estudio de la apelación de la demandada, la cual en principio no corresponde a ninguna de las materias contenidas en la parte resolutive de la sentencia, actuación que desconoce el mandato de congruencia, ya que el tema de la solidaridad entre las demandadas si fue propuesto como pretensión y a pesar de haberse estudiado en la parte considerativa no aparece inserto en la resolutive.

Al margen de la deficiencia anotada, la consideración de que la empresa usuaria es la verdadera empleadora, consignada en la parte motiva, no resulta equivocada como pasa a exponerse.

En la sentencia SL271-2019 por citar alguna de las que reiteradamente se han ocupado del tema, se señaló que la vinculación a través de E.S.T. tiene como finalidad la prestación de servicios transitorios a la empresa usuaria por razones excepcionales, de manera que no es posible mantener la contratación a través de E.S.T., cuando la actividad desarrollada por el trabajador en misión constituya una necesidad permanente en la empresa usuaria, lo que ocurre cuando no se atienden las causales previstas en el art. 77 L. 50/90, o se supera el término temporal máximo previsto. En la referida sentencia también se precisa que podría pensarse que las empresas usuarias están habilitadas para contratar con las E.S.T., siempre que no se exceda el lapso de 1 año,

interpretación que es equivocada, ya que solo puede acudirse a esta figura para el desarrollo de labores netamente temporales, determinadas por circunstancias excepcionales tales como trabajos ocasionales, reemplazos, incrementos de producción, es decir, cuando el objeto se enmarque dentro de las previsiones contempladas en el mencionado art. 77, de tal suerte que al no cumplirse las mismas, el responsable de las obligaciones laborales será el usuario, quien pasa a ser el verdadero empleador, y de manera solidaria responderá la E.S.T. por haber fungido como intermediaria.

Conforme al anterior lineamiento, no le asiste razón al recurrente al argumentar que no es procedente declarar a la empresa usuaria como empleadora cuando la vinculación de la trabajadora no transgredió los límites temporales previstos en el art. 77 de la L.50/90, pues como se evidenció este es tan solo un límite temporal, pero referido a las actividades cuyo objeto esta dentro de la permisión legal para desarrollarse con trabajadores en misión.

Hechas las anteriores precisiones, se procede a analizar las pruebas allegadas a efectos de establecer si la vinculación de la trabajadora con la E.S.T. tenía como finalidad la prestación de servicios transitorios a la empresa PepsiCo. Se tiene que como documentales relevantes se allegaron el contrato de trabajo por el término que dure la realización de la obra o labor determinada, suscrito por la demandante con la E.S.T., el 7 de marzo de 2011 (fl. 20-21), oferta mercantil para la prestación de servicios de suministro de personal temporal, de fecha 25 de septiembre de 2008, presentada por Holguín y

Cía. a la empresa PepsiCo (fl. 272-277) y orden de compra, de fecha 8 de octubre de 2008, presentada por PepsiCo a Holguín y Cía, respecto del servicio de suministro de personal temporal ofrecido (fl. 271); documentos que si bien dan cuenta que la demandante se contrató para la prestación del servicio de “Aux Planta” como trabajadora en misión a la empresa PepsiCo cuya duración estaba determinada por la necesidad del servicio que tuviera la empresa usuaria conforme al art. 77 L. 50/90 y la oferta mercantil presentada por la E.S.T. establece que el objeto de la misma era prestar a PepsiCo los servicios a que se refiere el art. 77 L.50/90, a través de trabajadores en misión, debe señalarse que no se indica o precisa cual es la situación temporal que se pretende cubrir con la contratación de la trabajadora en misión, y en todo caso se advierte que la oferta mercantil que amparaba la relación comercial entre las empresas demandadas no estaba vigente para la fecha de suscripción del contrato de trabajo de la demandante, pues el término de duración de la misma era de 1 año y para su prórroga se requería la suscripción de un documento adicional, pues así se estipuló en la oferta, sin que se allegaran las prórrogas respectivas. En consecuencia, al no estar acreditada la labor temporal concreta para la que fue contratada la demandante, no resulta equivocada la conclusión del a quo plasmada en las consideraciones de la sentencia.

En lo que tiene que ver con el recurso de apelación propuesto por la demandante, se considera lo siguiente:

Respecto a la terminación del contrato, se advierte que las partes tenían posturas encontradas, pues de un lado la demandante, indicó que fue despedida sin justa causa y la pasiva por su parte, refirió que la demandante abandonó el cargo, siendo esta última posición la que encontró acreditada el fallador de primera instancia. El reparo de la recurrente sobre el particular se centra en la valoración probatoria, especialmente en lo indicado por la testigo Manuela Carolina Osorio, de cuya declaración concluye que podía acreditarse que el día que fueron a buscar a Luisa a su casa le llevaron la carta o liquidación que se arrimó al expediente y que se debió haber dejado constancia del seguimiento realizado a la trabajadora dada la contingencia del accidente laboral.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que corresponde al trabajador demostrar el hecho del despido y al empleador de ser el caso la causa alegada para despedirlo, haciéndose necesario por tanto probar la comunicación de la terminación y/o despido, que haga atribuible decisión al empleador.

Revisadas las documentales allegadas, no se advierte documentación de la que pueda colegirse que la finalización del vínculo obedeció a decisión unilateral del empleador, y del testimonio rendido por la señora Manuela Carolina Osorio (vecina por 19-20 años y ex compañera de trabajo de la actora), lo que se prueba es que un día llegó de turno a su conjunto en donde también residía la demandante y en la portería estaban preguntando por la señora Luisa, reconociendo a una funcionaria de Holguín, pero que no sabía

a qué iba la misma, pues solo la vio con una carpeta en la mano; de lo que resulta imposible inferir que esta le estuviese llevando un carta de renuncia o liquidación a la actora como se afirmó por la misma. Del testimonio de la hija Natalia Casallas, aun cuando se le diera absoluta credibilidad, se tiene que la misma reconoció que no estaba en la casa cuando ello aparentemente ocurrió, pues la testigo señaló que su mamá fue la que le contó una vez ella llegó a la casa, luego de su jornada de estudios.

Por otra parte, se tiene que en las respuestas a las peticiones que ha presentado la demandante, ante las afirmaciones de haber sido terminado su contrato, siempre se ha indicado por Holguín y Cía, que el contrato terminó por abandono de cargo de la demandante, aspecto que reiteró en la contestación de la demanda, de manera que no ha operado en ningún momento reconocimiento alguno sobre el particular y por el contrario, se advierte que al plenario fue allegado título de depósito expedido por el Banco Agrario, de pago por consignación por prestaciones sociales. Adicionalmente la testigo Doris Santana Mancipe, quien refirió ser la Directora de Recursos Humanos en Holguín y Cía. desde hacía 20 años, en su declaración señaló que el contrato de la actora terminó por abandono de cargo, aspecto que incluso se corrobora con la declaración de la testigo Manuela C. Osorio, quien refirió que al haberse acercado a allegar una incapacidad donde Marian, al preguntar por la demandante se le indicó que esta había abandonado el cargo por el accidente, por lo que no es posible establecer que el contrato hubiera terminado por decisión del empleador.

En lo que tiene que ver con el reintegro de la demandante, por su estado de debilidad manifiesta, en atención a las condiciones de salud presentadas, debe recordarse que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, se ha establecido como la fuente normativa del fuero de salud, del que se extracta que ninguna persona en situación de discapacidad y/o limitación podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su discapacidad, salvo que medie autorización de la oficina de Trabajo.

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL711-2021, Radicación No. 64605, ha establecido que para que la garantía de estabilidad laboral reforzada de personas en situación de discapacidad opere, se debe acreditar que se cuenta con una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conocía el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se terminó en razón de la discapacidad (siempre y cuando no exista una causal objetiva) y sin que medie autorización del Ministerio del Trabajo.

En esa medida, y dado que uno de los presupuestos para otorgar la protección se encuentra descartado, esto es, que el contrato fue terminado por el empleador, resulta inviable su procedencia, agregado a que en este caso la PCL que fue dictaminada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, ascendió a 13,50% con fecha de estructuración del 14 de enero de 2016, esto es, con posterioridad a que finalizó el vínculo laboral, y en todo caso el reintegro al cargo se

encontraba prescrito, pues sobre este asunto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia de radicación No. 59273 del 3 de octubre de 2018, señaló “(...) *el reintegro al cargo en sí mismo considerado prescribe según la regla general de las leyes sociales, que disponen, sin exclusión alguna, que los derechos prescriben, por regla general, en tres años, de manera que, con independencia del fundamento que se haga valer para sostener que el despido es ilegal, incluyendo en ese fundamento la ineficacia o la nulidad de la desvinculación, el derecho al reintegro que se invoque como consecuencia de esa ineficacia está condicionado, para su reconocimiento judicial, al término extintivo que la ley determine.*”; por lo que no asiste razón a la recurrente para sostener que el extremo a partir del cual corría la prescripción era otro distinto al de la terminación del contrato.

En lo relacionado con el accidente de trabajo y la culpa del empleador, lo primero que se destaca es que nada se señaló por la recurrente respecto a las contradicciones advertidas en la ocurrencia del accidente, evidenciadas en lo indicado en la demanda, lo señalado en el interrogatorio de parte, lo registrado en la atención médica recibida y los dictámenes emitidos por las Juntas de Calificación de Invalidez, relacionados con la forma en que se produce la caída de la plataforma, esto es, de pie o en la silla. En todo caso, no puede pasarse por alto que al preguntársele a la demandante la razón por la que había quedado consignado en el reporte del accidente que había sido una caída desde una silla, señaló en su interrogatorio que no sabía y ella no había sido la responsable de subir la silla, que había sido Viviana, y que

cuando la recogieron la silla había caído a su lado, señalando que no recordaba cuanto medía la plataforma, pero que esta no era grande y al momento no recordaba si retrocedió o se resbaló y cayó con silla y todo, pero es enfática en señalar que no estaba sentada en la silla.

De lo anterior, se advierte que al parecer la silla no debía subirse en la plataforma, tal y como se señala en los mismos hechos de la demanda, contradiciendo lo que la testigo Manuela Carolina Osorio Arias indicó, respecto a que la plataforma de sellado era de aluminio de entre 60 y 70 cm de altura sin barandas, que quienes se subían ahí debían estar de pie y que todas las operarias quedaban de frente hacia la selladora y de espaldas hacia el vacío; y luego al preguntársele porque habían sillas indicó que a veces las dejaban descansar 10-15 minutos pues tenían que estar 8 horas de pie y si bien indicó que la silla se ponía al lado, no puntualizó si esto era dentro de la plataforma. Por su parte el testigo Carlos Marín Arias (quien refirió ser médico en la planta de PepsiCo), aunque no conoció a la demandante, pues ingresó a la empresa con posterioridad a que esta prestó sus servicios, dio cuenta pormenorizada de cómo se daba la producción en la planta donde laboraba la demandante, señaló que las sillas de apoyo lumbar solo estaban dispuestas en las labores de empaque a nivel de piso, que las labores que no estaban a dicho nivel eran relacionadas con máquinas prensadoras y solo se accedía mediante escaleras para condiciones especiales como limpieza y nunca por auxiliares de planta; que sin embargo, había unas selladoras en plataformas amplias ubicadas de esta forma para evitar desgastes y afectaciones en hombro y si bien no

tenía la precisión sobre la medida, lo cierto era que cumplía con la normas sobre altura.

De igual forma, debe señalarse que tanto la demandante en su interrogatorio como los testigos, Manuela Carolina Osorio y Carlos Marín, son coincidentes en que a los trabajadores se les entregaban elementos de protección personal tales como uniforme blanco, botas de seguridad (punta de acero), tapa oídos, guantes, aceptándose por la demandante y la testigo Manuela Carolina Osorio haber recibido capacitación sobre los elementos de protección personal y para realizar labores.

Adicionalmente, se advierte que en el documento denominado procedimiento de diagnóstico de salud – HSE (fl. 284-317), que data del 31 de enero de 2011, se señala en el acápite de identificación de reconocimiento de las condiciones de trabajo, que la exposición ocupacional a los factores de riesgo para desordenes musculoesqueléticos por trauma acumulativo se encuentra en las siguientes áreas en Pepsico:

PepsiCo Alimentos Colombia LTDA.

- Empaque: movimientos repetitivos
- Selle; cargas y posturas

PepsiCo Alimentos Colombia LTDA (Marquesa):

- Empaque: movimientos repetitivos
- Selle; movimientos repetitivos

PepsiCo Alimentos Zona Franca (Funza):

- Empaque: carga estática y movimientos repetitivos

También, se tiene que en el referido documento se establecen dentro de las actividades específicas de

capacitación, la siguiente: *“Capacitación identificación de los riesgos ergonómico”*, de lo que se colige que dentro de la formación que recibían los trabajadores se encontraban los riesgos asociados con su puesto de trabajo.

Valoradas las pruebas en su conjunto, la primera conclusión a la que se llega es que dentro de los riesgos relacionados con la labor de sellado no se identificaban caídas o resbalones, pero si los asociados a la carga – postura – movimientos repetitivos, frente a lo cual el testigo Carlos Marín, explicó la razón de ser de las plataformas de sellado, resultando evidente que en tales plataformas no debía estar la silla y esta fue determinante en la caída. Se probó que se recibieron elementos de protección personal y capacitaciones y si bien se indicó por la demandante y la testigo Manuela Osorio, que la plataforma no tenía barandas, lo que el testigo manifestó desconocer para el momento de los hechos si mencionó que era una plataforma amplia.

Precisado lo anterior, conviene recordar lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL1073-2021, en donde frente a la culpa del empleador se indicó:

“En los casos del art. 216 del CST, partiendo del supuesto legal de que, en todo caso, se requiere de la culpa del empleador plenamente probada a cargo de las víctimas, para condenar por la indemnización plena de perjuicios (responsabilidad subjetiva), esta Sala tiene asentado que la obligación del empleador de evitar la ocurrencia de los infortunios laborales es de medios, como se puede ver en la sentencia CSJ SL1307-2014.

La Sala considera que la responsabilidad del empleador de adoptar todas las medidas a su alcance tendientes a evitar o corregir los accidentes o enfermedades laborales es una obligación de medios, porque a él le resulta imposible eliminar totalmente, en la práctica, los infortunios del trabajo. Cuando es negligente, porque no toma medida alguna o las que toma no fueron las adecuadas

razonablemente, el empleador debe responder por dicha omisión frente a la ocurrencia de la contingencia.

(...)

Es decir, de cara a la responsabilidad por culpa del empleador por los infortunios laborales se reconoce por la jurisprudencia laboral que este no siempre puede evitar el riesgo laboral, en razón a que se admite la posibilidad de que haya variables intervinientes en su ocurrencia y que no están bajo su control el poder evitarlas. De tal forma que no siempre que se presenta el siniestro laboral fue porque hubo incumplimiento del empleador de sus deberes de cuidado y protección.”

De conformidad con la jurisprudencia citada, se tiene que la responsabilidad del empleador en adoptar todas las medidas a su alcance tendientes a evitar o corregir los accidentes o enfermedades laborales es una obligación de medios, en la medida en que resulta imposible eliminar totalmente el riesgo de su ocurrencia, por lo que no siempre que se presenta el siniestro fue porque hubo incumplimiento del empleador en sus deberes de cuidado y protección, situación que se predica en este caso, pues ello es lo que da cuenta el acervo probatorio.

Bajo las anteriores premisas, se procederá a confirmar la decisión de primera instancia.

Costas en esta instancia a cargo de la demandante.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 5 de marzo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

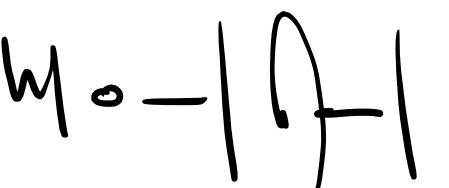
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000 a favor de cada una de las demandadas.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho, por valor de \$200.000 a favor de cada de las

demandadas, inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR CLAUDIA INES RAMIREZ MENDES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y OLD MUTUAL PENSIONES Y CESANTÍAS S.A hoy SKANDIA S.A.

RADICADO: 11001 3105 033 2019 00220 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esa entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 28 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la ineficacia del traslado que realizó a OLD MUTUAL S.A hoy SKANDIA S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP el traslado al régimen de Prima Media con Prestación Definida y por consiguiente se ordene a Colpensiones recibir a la actora y mantenerla como afiliada desde el 24 de septiembre de 1979.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 21 de mayo de 1959, se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida desde el 24 de septiembre de 1979, que el 1 de abril de 2001 se trasladó al Régimen de

Ahorro Individual con solidaridad administrado por Old Mutual S.A hoy Skandia S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1602, 1603, 1604 del Código Civil, las sentencias de la H. Corte Suprema de Justicia con radicados N°33083 de 2011, 31989 y 31314 de 2008, 46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado a folios 99 al 108 del plenario, donde opuso a las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que la actora se encuentra inmersa en la prohibición legal establecida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, para poder hacer el traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

Por su parte, SKANDIA S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la afiliación con la AFP se realizó dentro del marco legal vigente para la fecha de la afiliación y conforme a los postulados de buena fe. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 28 de julio de 2021, el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, administrado por la AFP SKANDIA S.A., y con esto a la afiliación realizada el 21 de febrero de 2001, a la Sra. CLAUDIA INES RAMIREZ MENDEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°35.465.970.

SEGUNDO: DECLARAR que Sra. CLADIA INES RAMIREZ MENDEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°35.465.970., se encuentra

efectivamente afiliada a la administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A., realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de la Sra. CLAUDIA INÉS RAMIREZ MENDEZ, identificada con cédula de ciudadanía N°35.465.970, a COLPENSIONES.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como reactivar la afiliación de la Sra. CLAUDIA INES RAMIREZ MENDEZ.

QUINTO: ORDENAR a SKANDIA S.A., el traslado de las cuotas de administración, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada y a cargo de su propio patrimonio. Para esto se CONMINA a COLPENSIONES a efectos de realizar las gestiones necesarias a fin de obtener el pago de tales sumas.

SEXTO: DECLARAR NO PROBADOS, las excepciones de inexistencia del derecho y prescripción, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEPTIMO: COSTAS de esta instancia a cargo de la demandada SKANDIA S.A. Se fijan como Agencias en Derecho la cantidad de CUATRO (4) S.M.L.M.V.

Como fundamento de su decisión, argumentó que existe una línea jurisprudencial de la H. Corte Suprema de Justicia en relación a la ineficacia del traslado, la cual ha manifestado que en relación al deber de información en la primera fase las obligaciones y el contenido mínimo era brindar información en torno a las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, igualmente si existía pérdida de algún beneficio pensional, encontrándose ese deber de información desde el año 1993, aunado ello, señaló que el formulario de afiliación no puede ser el único elemento de juicio para demostrar el consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia al considerar que pese a que no hay una condena dirigida al fondo, lo cierto es que no se sabe si el ahorro de la demandante que tiene en el RAIS alcance a cubrir la prestación que se le vaya a reconocer a futuro, ya que si la actora alcanza a superar con creces la expectativa de vida, sería una situación que llevaría a un detrimento patrimonial de la entidad, dado que no alcanzó a realizar las proyecciones de dicha prestación. Por otro lado señaló que para que se pueda aplicar la

reinversión de la carga de la prueba es necesario que el afiliado tenga una expectativa legítima.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedido a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A y 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

*Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», es decir, **no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...].***

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.
2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.
3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.
4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.
5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Del documento visible a folio 140 del expediente se evidencia formulario de afiliación a Old Mutual S.A hoy Skandia S.A., el 21 de febrero de 2001.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 2001, en su lugar de trabajo recibió bastantes llamadas de la AFP SKANDIA que le ofrecía trasladarse de régimen pensional, en consecuencia precisa

que con motivo de la insistencia decide ir a la oficina que le indica que las cotizaciones que tiene en el Seguro Social se encuentran en riesgo, en razón al que Instituto se va acabar y la mejor opción es trasladarse, ya que dicho dinero en caso de fallecimiento podría ser trasladado a sus hijos, en consecuencia por tal motivación decidió firmar el formulario de afiliación.

Así las cosas, pese a que obra formulario de afiliación al fondo de pensiones, el mismo no resulta suficiente, según los precedentes jurisprudenciales citados, para entender que la administradora, suministro al posible afiliado una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, sin que obre dentro del plenario otro documento que dé cuenta del cumplimiento de este presupuesto.

Las anteriores consideraciones a juicio de la Sala de Casación Laboral, resultan suficientes para confirmar la sentencia de primera instancia en cuanto declaró la ineficacia del traslado que realizó la demandante.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 28 de julio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

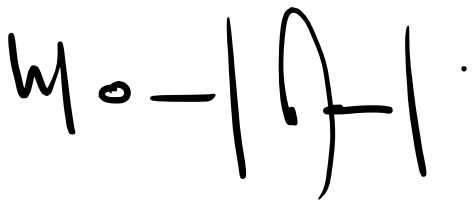
SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO por MARIA AURORA ZABALETA CRUZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., ADMINISTRADORA PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.

RADICADO: 11001 3105 035 2019 00540 01

Bogotá D. C., veintiocho (28) de febrero de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de la señora María Aurora Zabaleta Cruz, respecto de la sentencia proferida por

el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 14 de diciembre de 2020.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de Protección S.A., quien señaló que respecto a la afiliación y traslado de la demandante al RAIS administrado Protección S.A, no resultaba probada la mala fe en la actuación de la misma, que ante la manifestación que el formulario de vinculación no era un documento idóneo que demostrara la asesoría recibida, debía tenerse en cuenta el contenido del artículo 244 del CGP y ante el argumento relacionado con que la ineficacia de los traslados se configuraba a partir de la insuficiente y falta de claridad en la información que permitía a las personas tomar una decisión libre e informada, debía acudirse a lo expuesto en el Decreto 692 de 1994, respecto a la carga probatoria de demostrar que brindó una correcta asesoría, se indicó que ello se había acreditado con las pruebas adjuntas a la contestación, que la inseguridad que alegaba la demandante, eran beneficios o recompensas que el RPMPD no contemplaba como la garantía de pensión mínima, la devolución de saldos a los beneficiarios cuando el afiliado falleciera sin cumplir los requisitos para causar una pensión de sobrevivientes, entre otros, que la tesis de la H. Corte Suprema de Justicia que sostenía la ineficacia de los traslados como medio de protección de los derechos a conservar el régimen de transición, encontraba soporte en la diferencia que existía en las condiciones para acceder al derecho pensional (menos exigentes en el acuerdo 049 de 1990, que en la actual ley 100 de 1993 y ley 797 de 2003).

I. ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declarara la nulidad de su afiliación al RAIS, a través de la cual se trasladó del RPM administrado por Colpensiones al RAIS, así como, se declarara su libertad para afiliarse al RPM y la nulidad de afiliación a Porvenir y Protección, en consecuencia, se condenara a Colpensiones a recibirla como afiliada, a Protección S.A., a liberarla de sus bases y devolver todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación y hacer el respectivo traslado de las cotizaciones a Colpensiones, al pago de costas procesales y a lo que resultare probado ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones manifestó que el 1° de abril de 1981 se afilió al RPM administrado hoy por Colpensiones, en donde continuó cotizando hasta el 28 de febrero de 2001, cuando se trasladó a la AFP Porvenir y posteriormente el 31 de enero de 2017 a Protección S.A., que los asesores de dichos fondos le ofrecieron beneficiarse a más temprana edad, también le indicaron que el ISS iba a ser liquidado y por eso sus aportes podían estar en riesgo y le dijeron que el monto de la pensión sería más alto al que le otorgaría el ISS, también manifestó que le señalaron que si al cumplir la edad no quería pensionarse podía pedir la devolución de capital, de igual forma mencionó que no se le indicó cual era el plazo que tenía para retornar al ISS.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 2, 4, 5, 13, 48 y 53 de la Constitución Política de Colombia, los artículos

1, 11 y 36 de la Ley 100 de 1993, los artículos 1508 y 1510 del Código Civil.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones, contestó la demanda como se observa a folios 387 a 403 del expediente, en donde se opuso a la nulidad de la afiliación por medio de la cual se dio el traslado de régimen, pues en la actualidad la afiliación de la demandante se encontraba activa y vigente y solo podría la jurisdicción ordinaria declarar la nulidad de la afiliación, no obstante, refirió que no obraba dentro del expediente prueba alguna relacionada con que a la demandante se le hubiere hecho incurrir en error por parte de la AFP o que se estuviera en presencia de algún vicio del consentimiento, ni se evidenciaba que existiera alguna inconformidad de la demandante sobre el particular, además que no se cumplía con los requisitos establecidos en la sentencia SU-062 de 2010, para trasladarse en cualquier tiempo. Propuso las excepciones de mérito que denominó: 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 del sistema de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

Por su parte, Protección S.A., contestó la demanda como se observa a folios 387 a 403, en donde indicó que se oponía a que se declarara la nulidad del traslado de la demandante al

Fondo de Pensiones obligatorias administrado por Protección S.A, toda vez que se encontraba frente a un acto existente, válido, libre de vicios de consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, además resaltó que dicha manifestación de voluntad estuvo libre de presión y engaños, ya que la actora tuvo la suficiente ilustración para que optará por el traslado de régimen, la cual realizó en los términos del artículo 11 del decreto 692 de 1994, además existió voluntad y conocimiento de la actos pues después de encontrarse el actor en el RAIS decidió seguir en dicho régimen y no trasladarse al RPM, con lo que se podía determinar que la actora conocía las ventajas de los regímenes y las proyecciones de la misma, tanto así que teniendo la oportunidad para trasladarse no lo realizó, y se trasladó a PROTECCIÓN S.A. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, innominada o genérica, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, en caso de que se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS, inexistencia de la obligación de devolver el pago al seguro provisional cuando se declara la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS.

A su vez, Porvenir S.A., dio contestación a la demanda, como se observa a folios 473 a 492, en donde se opuso a las pretensiones de la demanda, argumentando que la demandante no allegó prueba sumaria de las razones de hecho que sustentaban la nulidad del acto jurídico de traslado del régimen pensional, por lo que el acto jurídico se debía

tener como válido, que la administradora cumplió con el deber de información que le era exigible a la fecha en que se materializó el traslado de régimen pensional, que de los documentos aportados por la demandante, no se lograba evidenciar soporte alguno que permitiera acreditar la existencia de error, fuerza o dolo, por lo que no había lugar a declarar la existencia de vicio de consentimiento alguno que pudiera desencadenar en la nulidad o ineficacia del traslado. Propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 14 de diciembre de 2020, el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones reclamadas en su contra por la señora MARIA AURORA ZABALETA.

SEGUNDO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante MARIA AURORA ZABALETA. Por lo tanto, se señalan como agencias en derecho a su cargo la suma de \$50.000, suma que se incluirá en la liquidación de costas.

TERCERO: 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

Como fundamento de su decisión, argumentó que si bien se encontraba acreditado que la demandante no había recibido la debida asesoría de parte de Porvenir S.A., resaltó que uno de los presupuestos establecidos en la jurisprudencia, para la prosperidad de la ineficacia se

traducía en la demostración de la lesión injustificada al derecho pensional del reclamante, advirtiendo que en el caso bajo análisis la demandante indicó que la omisión en el deber de información conllevaba a que su mesada en el RAIS resultara inferior a la que le correspondería en el RPM, sin que reposaran en el expediente pruebas sobre el particular, de manera que al no poderse identificar un perjuicio por el traslado efectuado en el año 2001, se procedía a absolver a las demandadas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la actora solicitó la revocatoria del fallo, por cuanto se advertía que la razón por la que se negaba el derecho, se ubicaba en el escenario cuantitativo, sin que pudiera pasarse por alto, que dentro del expediente reposaban solicitudes elevadas a Porvenir S.A. y Protección S.A., en las que se solicitaba entre otras la simulación de pensión, cuadros comparativos, entre otras, sin que éstos se hubiesen efectuado, cuyas respuestas obraban en el expediente, en una de éstas Protección S.A., señaló que la demandante tendría un capital que no generaba si quiera la garantía de pensión mínima, adicionalmente manifestó que lo requerido por el despacho podría determinarse con las propias disposiciones establecidas en la ley 100 de 1993 y que incluso ello fue solicitado por una de las administradoras pero fue negado, señalando finalmente que su poderdante nunca podría acceder a la ineficacia pues si se hubiere aportado liquidación realizada por un tercero no se le daría valor probatorio, requiriéndose entonces un perito para ello.

V. ACLARACIÓN PREVIA

Es oportuno señalar, que el suscrito Magistrado Ponente, se había apartado del criterio expuesto en la jurisprudencia en materia de nulidad o ineficacia de traslado de régimen pensional, por considerar que las razones expuestas para hacerlo resultaban suficientes. Sin embargo, a partir de lo ocurrido dentro del proceso **11001 31 05 033 2016 00655 01**, promovido por Nelly Roa González, en el que se abrió incidente de desacato por considerar que la decisión de reemplazo no cumplía lo dispuesto por la Corte, he procedió a cumplir las sentencias de tutela n° 59412 y 59352 de 2020, con el criterio que se señala en los precedentes jurisprudenciales citados en tales decisiones, disponiendo la ineficacia del traslado de régimen pensional.

VI. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la ineficacia de la afiliación de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad, y si en caso de prosperar, resultan atendibles las solicitudes de ordenar su afiliación al RPM administrado por COLPENSIONES, así como las demás condenas solicitadas; para lo cual se atenderán los precedentes jurisprudenciales aplicables al caso.

Para el efecto, la Sala de Casación Laboral, en las sentencias SL1421-2019, SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019, entre otras muchas sentencias que se han ocupado del tema, establece el alcance del deber de información a cargo de las Administradoras de Fondos de Pensiones, previendo la procedencia de la ineficacia del traslado de régimen pensional, cuando se demuestre su inobservancia, haciendo viable la posibilidad de recuperar el régimen de prima media para acceder al reconocimiento de la prestación pensional.

Al respecto, resulta pertinente traer apartes de las sentencias citadas, que frente al tema del consentimiento informado expresan:

“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.

Por ello, en el caso bajo examen le asiste razón a la recurrente, dado que el Tribunal, al concentrarse exclusivamente en la validez formal del formulario de afiliación, omitió indagar, según las normas vigentes a 1995, fecha del traslado, si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado.

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

Para el Tribunal basta la suscripción del formulario de afiliación, y además, que el documento no sea tachado de falso, para darle plena validez al traslado.

La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas 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.

Sobre el particular, en la sentencia SL19447-2017 la Sala explicó:

Por demás las implicaciones de la asimetría en la información, determinante para advertir sobre la validez o no de la escogencia del régimen pensional, no solo estaba contemplada con la severidad del artículo 13 atrás indicado, sino además el Estatuto Financiero de la época, para controlarla, imponía, en los artículos 97 y siguientes que las administradoras, entre ellas las de pensiones, debían obrar no solo conforme a la ley, sino soportadas en los principios de buena fe «y de servicio a los intereses sociales» en las que se sancionaba que no se diera información relevante, e incluso se indicaba que «Las entidades vigiladas deben 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».

Ese mismo compendio normativo, en su precepto 98 indica que al ser, entre otras las AFP entidades que desarrollan actividades de interés público, deben emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios, y que «en la celebración de las operaciones propias de su objeto dichas instituciones deberán abstenerse de convertir cláusulas que por su carácter exorbitante puedan afectar el equilibrio del contrato o dar lugar a un abuso de posición dominante», **es decir, no se trataba únicamente de completar un formato, ni adherirse a una cláusula genérica, sino de haber tenido los elementos de juicio suficientes para advertir la trascendencia de la decisión adoptada, tanto en el cambio de prima media al de ahorro individual con solidaridad, encontrándose o no la persona en transición, aspecto que soslayó el juzgador al definir la controversia, pues halló suficiente una firma en un formulario [...]**.

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

De lo señalado en la jurisprudencia resulta acertado resumir lo siguiente:

1. Que la información debe contener tanto los aspectos favorables, como los desfavorables del cambio de régimen, informando las proyecciones pensionales y el capital necesario para poder obtener una pensión mínima, llegando incluso a desanimar al posible afiliado si se llegare a comprobar que el cambio de régimen le perjudica, la cual debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

2. Que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma del formulario de afiliación.

3. Que la carga de la prueba del consentimiento está a cargo de los fondos, quienes deben allegar todos los documentos y pruebas que demuestren la información clara y veraz brindada al afiliado.

4. Que el traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida al de Ahorro Individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen.

5. Que no es necesario que el afiliado demuestre estar en transición, o tener un derecho consolidado para solicitar la ineficacia del traslado o afiliación.

Puntualizado lo anterior, esto es, el componente fundamental sobre ineficacia, no puede perderse de vista, que la Sala de Casación Laboral, recientemente en sentencia SL5680-2021, Radicación No. también indicó:

“Por tanto, para el afiliado, la permanencia en el régimen que escoja libremente se convertirá en la causa directa de los recursos disponibles con que cuente en el futuro para afrontar el retiro laboral y las consecuencias económicas de las necesidades que acompañan a la vejez, proceso en el que es parte fundamental su administradora de pensiones (CSJ SL 4609-2021).

En ese sentido, reiteró la Corte en sentencia CSJ SL4806-2020, que habrá ineficacia de la afiliación:

De manera que, conforme lo discurrido queda claro que existirá ineficacia de la afiliación cuando quiera que i) la insuficiencia de la información genere lesiones injustificadas en el derecho pensional del afiliado, impidiéndole su acceso al derecho; ii) no será suficiente la simple suscripción del formulario, sino el cotejo con la información brindada, la cual debe corresponder a la realidad; iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil corresponde a las Administradoras de Fondo de

Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados, los cuales, de no ser ciertos, tendrán además las sanciones pecuniarias del artículo 271 de Ley 100 de 1993, y en los que debe constar los aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho pensional.”

De conformidad con el precedente citado y toda vez que al revisar la prueba documental allegada, se advirtió que a folios 53 a 63, obra comunicación de Protección S.A., en donde se estipuló por dicha administradora que si se efectuara la solicitud a la fecha, teniendo en cuenta que no había información de beneficiarios, con una edad actuarial de 60 años, un saldo aproximado en la cuenta de \$127.303.008, un valor de bono a la fecha de pensión de \$39.911.790, la posible mesada pensional sería por garantía de pensión mínima, aclarando que la inclusión de beneficiarios o cambios en el valor del bono pensional podían variar considerablemente el monto de la mesada, aunado a que la mesada fue calculada bajo la modalidad de retiro programado, de manera que el valor de la mesada tenía en cuenta el saldo que existía en la cuenta de ahorro pensional, la probabilidad de vida según tablas de mortalidad, rentabilidad proyectada y cuadro de beneficiarios.

En esa medida y dado que la mesada pensional que se proyectaba podría tener la demandante, sería la de garantía de pensión mínima a los 60 años de edad y toda vez que de acuerdo con la historia laboral allegada por Protección S.A. (fl. 405-416), se advierte que la mayoría de las cotizaciones efectuadas por la demandante se realizaron sobre un valor muy superior al SMMLV, ello permite inferir que la estructuración de su derecho pensional en el RPM le

resultaría más beneficioso, quedando de esta manera en evidencia la lesión y/o perjuicio que echó de menos el a quo.

En ese orden de ideas y dado que no existe controversia en que no se suministró la información para el traslado en los términos exigidos en la jurisprudencia de la Corte, conforme se expuso por el a quo, lo cual además se convalida en la revisión realizada en esta instancia, siendo que aunque se allegaron los formularios de traslado y posterior cambio de administradora en el RAIS, se tiene que el consentimiento informado no se prueba con la simple firma en los mencionados formularios, ello tampoco se prueba con los comunicados de prensa allegados, pues se requiere acreditar la asesoría individualmente suministrada y tampoco podría colegirse per se de la profesión de la demandante (abogada), máxime que la misma indicó en su interrogatorio dedicarse al derecho penal y desempeñarse desde 1995 en la Fiscalía General de la Nación, lo cual se corrobora con la historia laboral allegada por Protección S.A., de manera que al no poderse establecer que Porvenir S.A., suministró a la posible afiliada una mínima información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como de los riesgos y consecuencias del traslado, resulta pertinente declarar la ineficacia de la afiliación realizada por la actora, el 28 de febrero de 2001 a Horizonte hoy Porvenir S.A. y también la realizada el 31 de enero de 2017 a Protección S.A.

Ahora bien, una vez declarada la ineficacia de tal afiliación, es preciso determinar las consecuencias de ello, consistentes

en que Protección S.A., debe devolver a Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del Código Civil, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado; además, deberá asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, como lo son las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, incluso, por los gastos de administración en que hubiere incurrido, de conformidad con lo previsto por el artículo 963 de la misma normatividad civil.

En cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, igualmente ha sido reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia al señalar que las administradoras deben efectuarla, así lo indicó entre otras en las sentencias SL 17595-2017 y SL4989-2018, al indicar en lo pertinente:

"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."

En cuanto a la excepción de prescripción propuesta en los escritos de contestación, se debe indicar que el fenómeno prescriptivo no se ha producido en la presente litis por cuanto

los temas relacionados con los derechos pensionales no prescriben conforme a reiterada jurisprudencia de la H Corte Constitucional, así como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia. Aunado a lo anterior, la afiliación al ser el acto jurídico a través del cual una persona ingresa al Sistema General de Pensiones, o cambia de régimen pensional, lleva a que los afiliados acepten en ese momento los derechos y las obligaciones que el mismo sistema le impone para tener derecho a las pensiones de vejez, invalidez o sobrevivientes, por ende la declaratoria de ineficacia no puede estar sujeta a las reglas de la prescripción, pues la validez de la afiliación puede afectar de manera ostensible la pensión de vejez del afiliado y por ello se puede revisar judicialmente en cualquier momento para evitar un perjuicio irremediable; así mismo, con fundamento en las anteriores consideraciones y por las mismas resultas del proceso, no hay lugar al estudio de las demás excepciones de fondo propuestas por las demandadas.

Las anteriores consideraciones, resultan suficientes para acceder a las pretensiones de la demanda relacionadas con la ineficacia del traslado, en consecuencia, se revocará la decisión absolutoria proferida por el fallador de primera instancia.

Costas en las dos instancias a cargo de las demandadas.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 14 de diciembre de 2020, para en su lugar DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la demandante María Aurora Zabaleta Cruz, realizada inicialmente a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 28 de febrero de 2001 y con posterioridad a la Administradora de Pensiones y Cesantías Protección S.A., el 31 de enero de 2017. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales que la afiliada nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante como cotizaciones, rendimientos y cuotas de administración, sin lugar a descuento alguno, para lo cual se le concede el término de treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta sentencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la

actora, como cotizaciones, rendimientos y gastos de administración que se hubieren causado y actualizar su historia laboral.

CUARTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas Porvenir S.A., Protección S.A. y Colpensiones. Se fija como agencias en derecho de esta instancia a cargo de cada una de las demandadas la suma de \$400.000 y en primera instancia en la suma de \$1.000.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY


MARLENY RUEDA OLARTE


MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$400.000 y en primera instancia la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de las demandadas,

inclúyanse en la liquidación de conformidad con lo establecido en el artículo 366 del C.G.P.


LORENZO TORRES RUSSY