



República de Colombia
Tribunal Superior de Bogotá
Sala Laboral

LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado Ponente

**ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FERNANDO ESMERAL CORTES
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES CESANTIAS COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A.**

RADICADO: 110013105 002 2019 00103 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora VIVIANA MORENO ALVARADO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y tarjeta profesional No. 269.607 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada 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 los recursos de apelación presentados por la parte demandada Protección S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 16 de noviembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose 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 demandante y Colmena hoy Protección S.A., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., manifestó que resulta improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la AFP, toda vez que va en contra de la Ley 100 de 1993, que en su artículo 20 dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual posteriormente ratificada en el artículo 7 de la Ley 797 de 2003.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare nula la afiliación que realizó en el Régimen de Ahorro Individual suscrita el 1 de abril de 1995 a Protección S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar al RPM la totalidad de los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual incluyendo los respectivos rendimientos e indexaciones y por consiguiente se ordene a Colpensiones recibir y registrar en la historia laboral las cotizaciones trasladadas.

Sustento sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 21 de julio de 1981; que el 29 de marzo de 1995 se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente del 1 de febrero de 1999 a 31 de marzo de 2002 se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información necesaria para toma una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 29, 48 y 335 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 696 de 1994, el Decreto 692 de 1994, los artículos 14, 15, 1502, 1508, 1604, 1705 del Código Civil, el Decreto 2555 de 2010, el Decreto 720 de 1994 y las sentencia de la Corte

Suprema de Justicia con radicado número 31989 de 2008, 31314 de 2013 y 43892 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCION S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que los asesores de la AFP suministraron explicación personalizada respecto de las consecuencias legales y económicas, las ventajas y desventajas que conllevaba el cambio de régimen pensional. Propuso las excepciones de declaración de manera libre y espontánea, reasesoría en octubre de 2001, buena fe, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

COLFONDOS S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se allanó a la prosperidad de las pretensiones que involucren a la AFP.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado que realizó la demandante a el RAIS se efectuó con plena voluntad de la cotizante quien por decisión propia solicitó el traslado suscribiendo los formularios, ejerciendo su derecho a la libre escogencia entre regímenes pensionales consagrado en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, error de derecho no vicia el consentimiento, buena fe, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 16 de noviembre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó el señor FERNANDO ESMERAL CORTES, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.371.027, a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. en su momento ING COLMENA, el día 29 de marzo de 1995, y consecuencialmente la realizada el 29 de diciembre 1998 a la AFP COLFONDOS SA, así como la realizada el 21 de febrero de 2002 a PROTECCIÓN SA, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante FERNANDO ESMERAL CORTES, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.371.027, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, 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 tener como válida la afiliación de fecha 21 de julio de 1981, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante FERNANDO ESMERAL CORTES, identificado con cedula de ciudadanía No. 19.371.027, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: Si no fuera apelado, CONSULTESE 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

El apoderado de PROTECCIÓN S.A., interpuso recurso de apelación de forma parcial frente al numeral segundo de la sentencia proferida, en lo referente a la condena de la devolución de gastos de administración, al considerar que dicho descuento se encuentra contemplado en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, resaltó que dichos emolumentos no forman parte de la mesada pensional y el devolverlos genera un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

Por su parte la apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación, como fundamento señaló que existió una indebida valoración probatoria al considerar que el demandante no es un afiliado lego, así como también que existen actos de relacionamiento de conformidad con los traslados horizontales que realizó el actor de forma voluntaria y que existe una prohibición legal contenida en la Ley 100 de 1993 de trasladarse en virtud de que el demandante cumple con los requisitos para adquirir la pensión de vejez; por lo anterior solicitó se revoque la sentencia emitida.

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 en el expediente se evidencia formularios de vinculación a Colmena., el 29 de marzo de 1995 y posteriormente el 1 de abril de 2002 a Protección S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en el año 1995, se realizó una reunión colectiva por parte de Colmena en su lugar de trabajo, que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y que la mejor opción era el trasladarse de régimen pensional, ya que se obtendría una mejor rentabilidad, así como también podría pensionarse de manera anticipada y por tal motivo diligenció el formulario de afiliación

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 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 16 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



Ordinario Apelación Sentencia
N° 002-2019-00103-01
Fernando Esmeral Cortes
Colpensiones y Otro

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 AIDA MARCELA CUBIDES QUECANO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A Y SKANDIA PENSIONES Y CESANTIAS S.A.

RADICADO: 110013105 002 2019 00455 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora ORIANA ESPITIA GARCIA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.034.305.197 y tarjeta profesional No. 291.494 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada 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 los recursos de apelación presentados por la parte demandada Skandia S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de diciembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose 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 demandante y Skandia., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de instancia, toda vez que en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

La apoderada de la parte actora solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que de las pruebas prácticas en el proceso, el fondo de pensiones demandado no logró acreditar el cumplimiento de su deber profesional y legal de brindar una adecuada información y asesoría a la demandante, en el momento previo a su traslado de régimen pensional, esto de conformidad con la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

La apoderada de SKANDIA S.A., señaló que en lo referente a la orden impartida de la devolución de gastos de administración solicitó se revoque al considerar que tiene una fuente legal en el artículo 104 de la Ley 100 de 1993 que autoriza el cobro de dichos emolumentos, así como también que se falló de manera ultra y extra Petita toda vez que no fueron objeto de mención de la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare nula e ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, que realizó a Pensionar hoy Old Mutual y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP trasladar a Colpensiones la totalidad del capital de la cuenta de ahorro

individual incluidos los rendimientos, bonos pensional a los que hubiere lugar y por consiguiente se declare que se encuentra válidamente afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 23 de febrero de 1964; que inicio sus aportes al Seguro Social el 17 de febrero de 1984; que se trasladó a Pensionar hoy Old Mutual el 19 de abril de 1995; que posteriormente se trasladó a Colfondos S.A., y Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., retornando a Skandia en el mes de diciembre de 2010, sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 2, 13, 48, 90 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 656 de 1994, los artículos 4, 14 y 15 del Decreto 692 de 1994, el Decreto 1642 de 1995, el Acto Legislativo 01 de 2005, la Ley 797 de 2011, el artículo 1603 del Código Civil, el Decreto 2071 de 2015 y los artículos 1, 2, 25, 26 y 70 del Código Procesal del Trabajo y la SS.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la selección del sistema general de pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado por lo que la actora al trasladarse al RAIS aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen conforme lo dispone la Ley 100 de 1993. Propuso las excepciones de convalidación del acto jurídico, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, prescripción, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no existen presupuestos de hecho ni de derecho para despachar de forma favorable las pretensiones. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe,

innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación, prescripción, compensación y pago.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir un error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que todas y cada una de las afiliaciones realizadas por la parte demandante demuestran su plena voluntad de permanecer en el régimen de ahorro individual. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de diciembre de 2021, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora AIDA MARCELA CUBIDES QUECANO, identificada con cédula de ciudadanía No.51.713.344, a PENSIONAR hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., el día 19 de abril de 1995, y consecuencialmente los subsiguientes, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a OLD MUTUAL hoy SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante AIDA MARCELA CUBIDES QUECANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.713.344, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, sin lugar a descuento alguno.

TERCERO: ORDENA a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES a aceptar dichos valores, y tener como válida la afiliación de fecha 17 de febrero de 1984, por lo que deberá incluir en las bases de datos y sistemas de información la historia laboral y

demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro de la demandante AIDA MARCELACUBIDES QUECANO, identificada con cédula de ciudadanía No. 51.713.344, en el régimen de prima media con prestación definida una vez se encuentre ejecutoriado el presente fallo.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., COLFONDOS S.A. y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente aun (1) salario mínimo legal mensual vigente a cargo de cada una de ellas.

SEXTO: Si no fuera apelado, CONSULTESE 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 SKANDIA., interpuso recurso de apelación al considerar que el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, estableció que el 3% de la cotización en ambos regímenes pensionales se destinan a cubrir la comisión de administración y la prima de los seguros de invalidez y sobrevivientes y de conformidad con lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia le corresponde al Juez hacer un estudio de ponderación objetiva sobre la restitución mutua y la buena fe que ostenta la AFP, resaltó que ordenar

dicha devolución generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación frente a la condena en costas al considerar que la AFP velo por el ejercicio de la libre escogencia del régimen pensional conforme a la suscripción del formulario de afiliación para el año 2008, la cual cumplió con los criterios del artículo 112 de la Ley 100 de 1993; resaltó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse en cualquier tiempo, así como también que existe un deseo de permanecer en el RAIS al efectuar varios traslados horizontales.

Por su parte COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que no se avizoran causales para declarar la ineficacia de traslado de régimen, toda vez que la demandante para el año 1995 contaba con plena capacidad de celebrar el acto jurídico, situación que se ratifica con lo señalado en el interrogatorio de parte. En consecuencia, solicitó 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.

De los documentos visibles en el expediente se evidencia formularios de vinculación a Pensional hoy Skandia., el 19 de abril de 1995 y posteriormente el 24 de julio de 2008 a Porvenir S.A y el 29 de octubre de 2010 a Skandia Pensiones y Cesantías S.A.

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 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 que tiene que ver con la inconformidad expresada por Porvenir S.A., 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 Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 1 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 ROSA DEL CARMEN NOBLE
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE
PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A.**

RADICADO: 110013105 002 2020 00233 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Doctora VIVIANA MORENO ALVARADO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.767.709 y tarjeta profesional No. 269607 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada 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 los recursos de apelación presentados por la parte demandada Porvenir S.A. y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de febrero de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que se está en presencia de un vicio de consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose 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 demandante y Porvenir., por no tratarse de un error dirimente o error de nulidad.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador de instancia, toda vez que en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, lo que conduce a que el acto jurídico de vinculación con la AFP sea eficaz.

El apoderado de la parte actora solicitó se confirme la sentencia de primera instancia, toda vez que se dio una correcta aplicación al criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, ya que no le asiste razón al fondo de pensiones al afirmar que se brindó toda la información y que su voluntad al momento de la afiliación se encontraba plenamente consciente y satisfecha.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que se realizó con Colpatria hoy Porvenir S.A., por existir falta en el deber de información y en consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP realizar todos los trámites pertinentes, para el retorno del demandante al régimen público administrado por Colpensiones incluyendo cualquier ingreso que haya recibido derivado de la afiliación, tales como las cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado y cuotas de administración debidamente indexadas.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 7 de enero de 1966; que cotizó para el Instituto de los Seguros Sociales un total de 30 semanas; que desde

el año 1996 se trasladó a Colpatria hoy Porvenir S.A., sin que se le caracterizara el sistema pensional a fondo, los requisitos para optar para una pensión, como se liquida la misma, las consecuencias de su afiliación previa a la vinculación, así como tampoco se le hizo comparación entre los regímenes pensionales coexistentes en condiciones, servicios y requisitos.

Como fundamento normativo, citó los artículos 25,48, 53 y 334 de la Constitución Política, la Ley 100 de 1993, el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, la Ley 1328 de 2009, el Decreto 2555 de 2010 y la sentencia de la Corte Suprema Sala de Casación Laboral con radicados N°46292 de 2014, 46292 de 2014, 31314 de 2008 y 46692 de 2017.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que dentro del expediente no obra prueba alguna de que efectivamente a la actora se le hubiese hecho incurrir un error (falta al deber de información) por parte de la AFP o de que se está en presencia de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada y la genérica.

PORVENIR S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la vinculación de la parte demandante a Colpatria en el año 1996 fue producto de una decisión libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente asesorada sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de sus condiciones pensionales, tal y como se aprecia en la solicitud de afiliación. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de febrero de 2022, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“DECLARAR LA INEFICACIA DEL TRASLADO que realizó la señora ROSA DEL CARMEN NOBLE ALVAREZ identificada con cédula de ciudadanía No 64.553.386, a AFP COLPATRIA hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., el día 10 de junio de 1996, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante señora ROSADEL CARMEN NOBLEALVAREZ identificada con cédula de ciudadanía No 64.553.386, como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, esto es, con los rendimientos causados y los gastos de administración, 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 tener como válida la afiliación de fecha 16 de septiembre de 1993, por lo que deberá incluir dicha información en sus bases de datos y sistemas de información la historia laboral.

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

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte accionada SOCIEDAD ADMINISTRADOR DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PORVENIR S.A., dentro de las que deberá incluirse por concepto de agencias en derecho la suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO: Si no fuera apelado, CONSULTESE 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 PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación al considerar que si bien existe un precedente del órgano de cierre no se debe aplicar dicho precedente de manera objetiva, toda vez que se deben analizar las circunstancias de cada caso en concreto y en el presente asunto no es procedente declarar la ineficacia del traslado con fundamento en la falta al deber de información, cuando no le era obligatorio a la AFP presentar documento diferente al formulario de afiliación, esto de conformidad con la circular N°19 de 1998 emitida por la Superintendencia Financiera; por otro lado señaló que en lo referente a la devolución de gastos de administración, rendimientos, toda vez que dichos emolumentos no hacen parte integral de la pensión de vejez y están sujetos al fenómeno de la prescripción.

Por su parte COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia, al considerar que se reprocha la indebida valoración probatoria, toda vez que dentro del plenario se puede llegar a un conocimiento pleno de que efectivamente se realizó una asesoría brindada por cada una de los fondos a la hora de realizar el traslado, sin que los mismos estén viciados de error, fuerza, dolo; sostiene que existen actos de relacionamiento que sanearon cualquier tipo de vicio al perpetuar su afiliación en el régimen privado.

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 en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 10 de junio de 1996 y posteriormente el 16 de febrero de 2000 a Porvenir S.A.

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."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

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 el 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 7 de febrero de 2022, 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 LUZ MERY ZULUAGA LONDOÑO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105 007 2019 00758 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 la parte demandada Porvenir S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de enero de 2022.

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

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), así como tampoco se está frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficiencia jurídica del acto de afiliación celebrado entre el demandante y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencial afecta la validez del acto.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancia, toda vez que en el presente asunto no se acreditó la existencia de algún vicio del consentimiento con el cambio de régimen de la parte demandante, ya que no se alegó y menos probó ningunas de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil.

El apoderado de la parte demandante manifestó que la actora tiene derecho a que se declare la ineficacia y/o nulidad del traslado efectuado el 22 de noviembre de 1999 a Porvenir S.A., toda vez que en la etapa precontractual no se le brindó información veraz, completa y oportuna acerca de las ventajas como de las desventajas de uno y otro sistema de pensiones y en especial de la situación personal y concreta. En consecuencia solicitó se confirme la sentencia de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

La señora Luz Mery Zuluaga Londoño, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones tenerla entre sus afiliados como si nunca se hubiera trasladado, en virtud del regreso automático.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 29 de julio 1955; que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Fondo Privado de Pensiones Colpatria hoy Porvenir S.A., el 22 de noviembre de 1999; sin que el asesor de dicho fondo privado le suministrara información clara, completa y oportuna acerca de las ventajas y desventajas para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48,49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, los artículos 21 y 36 de la Ley 100 de 1993, el artículo 10 del Decreto 720 de 1994, el artículo 11 del Decreto 692 de 1994 y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados números 33083 de 2011, 57814 de 2018, 47125 de 2018, 1452 de 2019 y 68838 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la afiliación con Colpatria fue producto de una decisión libre e informada, después de haber sido asesorada ampliamente sobre las implicaciones de la decisión, del funcionamiento del RAIS y en especial de sus condiciones pensionales individuales. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación y la genérica.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se observa dentro del expediente prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información, por parte de las AFP o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 18 de enero de 2022, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por: La señora LUZ MERY ZULUAGA LONDOÑO con la AFP PORVENIR SA el 23 de noviembre de 1999 contenida en el formulario No. 0301194.

SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR SA a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora FLORALBA MOJICA TOSCANO dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES. Igualmente, PORVENIR debe incluir todos los gastos de administración y comisiones que se hubiesen descontado de los aportes pensionales del demandante, valores que debe ser reintegrados y devueltos a COLPENSIONES debidamente indexados.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

CUARTO: Se declaran no probadas las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES PORVENIR.

QUINTO: Se condena en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos. Colpensiones no se condena en costas.

SEXTO: se concede el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones. Se dispone la remisión del expediente para ante el Superior.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que de conformidad con la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia la obligación de las entidades de suministrar la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que se realicen de suerte que le permita con elementos de juicio escoger la mejor opción que se le ajustara a su interés; dicha información necesaria hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas público y privado de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que dentro del expediente no obra prueba alguna que se demostrara que se está en la presencia de un vicio del consentimiento, encontrándose frente a un error de punto de derecho que no tiene la fuerza legal para repercutir sobre la ineficacia jurídica del acto jurídico celebrado por la actora y el fondo privado; Resaltó el Decreto 2241 de 2010 en el que relaciona que existen obligaciones reciprocas por parte de los afiliados en asesorarse en el sistema pensional, señaló que declarar el traslado afecta la sostenibilidad financiera del sistema pensional.

Por su parte la apoderada de Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia con fundamento en que no se comprueba dentro del proceso que la AFP hubiese querido atentar contra la afiliación de la demandante, lo que hizo fue brindar una alternativa diferente y haciendo uso de la libertad de escogencia; señaló que la actora se encontraba inmersa en la prohibición legal que establece la Ley 797 de 2003. Por otro lado, resalta que en lo referente a la condena de la devolución

de gastos de administración la misma no procede esto de conformidad con el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993 que indica que también en el Régimen de Prima media se destina un 3 por ciento de cotización a financiar dichos emolumentos los cuales no financian la pensión de vejez y están sujetos a la prescripción y el entregar dichos dineros se estaría generando un enriquecimiento sin justa causa a favor 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 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 en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colpatria hoy Porvenir S.A., el 23 de noviembre de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la parte actora, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1999 de forma privada una asesora de Provenir S.A., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y la mejor opción era trasladarse de régimen pensional y por tal motivo se afilió al fondo privado.

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 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."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con

prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741.”

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 Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de enero de 2022, 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 EDILMA PINZON PINILLA
contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES**
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A.

RADICADO: 11001 3105 012 2020 00264 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 Porvenir S.A y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, contra la sentencia proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de febrero de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que no le asiste razón al fallador de primera instancias, 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 siquiera relativa del acto jurídico del traslado, lo que conduce a que el acto goce de plena validez.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia proferida, con fundamento en que las demandadas no pudieron acreditar

que la señora Edilma Pinzón Pinilla hubiese recibido una asesoría clara, idónea y oportuna, como lo establece la Corte Suprema de justicia en la sentencia con radicado N°4462 de 2019.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., en el mes de septiembre de 1994 y como consecuencia de dicha declaratoria a la AFP retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida todos los valores que hubiere recibido como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos que se hubieren causado.

Sustento sus pretensiones, en que desde el 23 de marzo de 1983 hasta el 30 de septiembre de 1994 estuvo afiliado al Seguro Social; que para el mes de septiembre de 1994 se trasladó a la AFP Porvenir S.A., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión; que el 18 de octubre de 2019 radicó derecho de petición con radicado N°2019_14090122 solicitando retornar al RPM, solicitud que fue despachada de manera desfavorable por la entidad.

Como fundamento normativo, citó los artículos 48, 49 y 53 de la Constitución Política, los artículos 1502, 1508, 1513, 1514, 1515, 1602, 1603 del Código Civil y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados N°31989 de 2008, 33083 de 2011 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas, precisó que la actora gozaba de plena autonomía para cambiarse de régimen, lo cual se demuestra que era consciente sobre el formulario que suscribió, así como también que la elección del régimen y de la administradora se llevó a cabo de manera libre, espontánea y sin presiones dejando sin certeza lo estipulado en la demanda. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del

derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y declaratoria de otras excepciones.

Mediante auto del 28 de enero de 2021, se dispuso tener por no contestada la demanda por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia de 24 de febrero de 2022, el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora EDILMA PINZÓN PINILLA al régimen de ahorro individual con solidaridad, materializado el 1 de octubre de 1994, a través de Horizonte hoy Porvenir, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR vinculada a la señora EDILMA PINZON PINILLA al régimen de primera media con prestación definida, conforme lo expuesto.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINSTRADORA DE FONDOS 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 EDILMA PINZON PINILLA como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y los costos cobrados por concepto de administración durante todo el tiempo que permaneció en el régimen de ahorro individual con solidaridad, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados al momento en que se materialice el traslado de los recursos.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir todos los valores que reintegre SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. con motivo de la declaratoria de ineficacia del traslado de la señora EDILMA PINZÓN PINILLA al régimen de ahorro individual con solidaridad, y una vez ingresen los dineros a actualizar su información en la historia laboral.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a PORVENIR S.A y a favor de la demandante, inclúyase en el acto de liquidación por concepto de agencias en derecho la suma de \$2.000.000.

SEPTIMO. CONSULTAR la presente decisión ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, por lo expuesto.

Como fundamento de su decisión, argumentó que la H. Corte Suprema de Justicia ha manifestado la obligación de los fondos privados de suministrar una información necesaria para efectos de que se tenga por

válida la afiliación o traslado a los diferentes regímenes pensionales, señaló que las AFP no pueden sustentar que al momento de su creación no contaban con la obligación legal del informar, adicional a ello se establece que la carga de la prueba está a cargo de la AFP de comprobar que no hubo irregularidad al momento de brindar la información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación, al considerar que no se logró evidenciar dentro de las pruebas practicadas daño antijurídico a la parte demandante; señaló que en lo referente a la inversión de la carga de la prueba no comparte la postura del juez primigenio en virtud de lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-086 de 2016, en el que dispuso que la parte que alude el hecho tiene que demostrar con suficiencia haber intentado conseguir la prueba; por otro lado refirió que en lo referente a la devolución de gastos de administración, bonos pensionales y todo aquel capital que percibió la AFP con la afiliación de la accionante a Colpensiones, no resulta procedente en virtud de que es un tema netamente mercantil, por lo cual el juez laboral no tiene la competencia para ordenar dichos traslados. En consecuencia, solicitó se revoque la providencia emitida.

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 en el expediente se evidencia formulario de afiliación a Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A., el 13 de septiembre de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Horizonte hoy Porvenir S.A en el año 1994., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y que la mejor opción era el trasladarse a un fondo privado; así como también que podría pensionarse de manera anticipada y por tal motivo se trasladó de régimen pensional.

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 Doce Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de febrero de 2022, 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 ELISA VARGAS RODRIGUEZ contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS COLFONDOS S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 015 2020 00194 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de noviembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato suscrito entre la demandante y las AFP es nulo, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y 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.

La apoderada de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia con fundamento en el artículo 53 de la Constitución Política y el artículo 167 del Código General del Proceso, resaltó que las partes tienen la obligación de probar los supuesto facticos sobre los cuales reposan sus pretensiones o excepciones y en el caso en particular las demandadas no presentaron ninguna prueba que lograra demostrar o acreditar que se brindaron todas las herramientas establecidas para poder así tomar una decisión basada en la realidad.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia de la afiliación que realizó en el año 2000 a Protección S.A y como consecuencia de dicha declaratoria se condene a Colfondos S.A., a trasladar todos y cada uno de los aportes en pensiones, así como cotizaciones, bonos pensionales y sumas adicionales de la aseguradora, junto con todos sus frutos e intereses, como lo dispone el artículo 1746 del Código Civil a Colpensiones.

Sustento sus pretensiones, en que cotizó al Instituto de los Seguros Sociales desde el 2 de septiembre de 1982; que en el mes de febrero de 1995 en razón a lo manifestado por un asesor de Protección S.A., se trasladó a dicho fondo privado y posteriormente a Colfondos S.A., el 28 de febrero de 2000, sin que se le suministrara la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 1,2, 3, 4, 5, 25,48, 49, 53,58 y 150 de la Constitución Política; los artículos 1, 21, 31, 36, 50, 73, 74, 141, 280 de la Ley 100 de 1993; los artículos 1494, 1603 y 1746 del Código Civil, los artículos 1, 5, 6, 9, 12, 20, 21, 50 del Decreto 758 de 1990, el Decreto 2158 de 1948 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia con radicado SL 1452-2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la afiliación en

el RAIS, se presentó en virtud de su derecho de libre escogencia, así como también que los asesores comerciales de la AFP brindaron a la actora una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de tu traslado horizontal. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligaciones, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que teniendo en cuenta que la demandante se encuentra válidamente afiliada a Colfondos no se puede tener como afiliada al Fondo ni recibir ningún aporte. Propuso entre otras 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, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de noviembre de 2021, el Juzgado Primero Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó la señora BLANCA ELISA VARGAS RODRIGUEZ, identificada con C.CN.°51.654.988, del régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por Colpensiones al de Ahorro Individual con solidaridad administrado por la AFP ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS DAVIVIR hoy PROTECCION el 27 de abril de 1995, al igual que el traslado horizontal efectuado con COLFONDOS el 28 de febrero de 2000, conforme se expuso.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante BLANCA ELISA VARGAS RODRIGUEZ, identificada con C.C.N°51.654.988, 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 COLFONDOSS.A. a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora BLANCA ELISA VARGAS RODRIGUEZ, identificada con C.C. N° 51.654.988, como cotizaciones, aportes adicionales, rendimientos financieros, sin descontar gastos de administración, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de las COLPENSIONES, COLFONDOSA.F.P., y PROTECCION A.F.P. a favor de la demandante. Fíjese la suma de \$500.000 como agencias en derecho a cargo de cada uno de las accionadas.

SÉPTIMO: En caso de no ser objeto del recurso de apelación esta decisión por parte de COLPENSIONES, 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 COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que no es procedente declarar la ineficacia del traslado de la actora, teniendo en cuenta que se le brindo información al momento de la afiliación a Davivir hoy Protección S.A., así como también tenía conocimiento de las características del régimen que escogió; en virtud de que se trasladó de forma horizontal, siendo su decisión permanecer en el Régimen de Ahorro Individual, realizando actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto; por otro lado precisó que se condenó en costas al Fondo sin tener en cuenta que no tuvo participación en el acto de afiliación.

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 en el expediente se evidencia formularios de vinculación a Protección S.A., el 27 de abril de 1995 y posteriormente el 28 de febrero de 2000 a Colfondos S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo en la Universidad Nacional que en el año 1995 un asesor del fondo privado que le indicó que el Seguro Social se iba a liquidar, así como también podría pensionar de manera anticipada y por tal motivo decidió trasladarse 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.

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 Colpensiones 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 26 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.

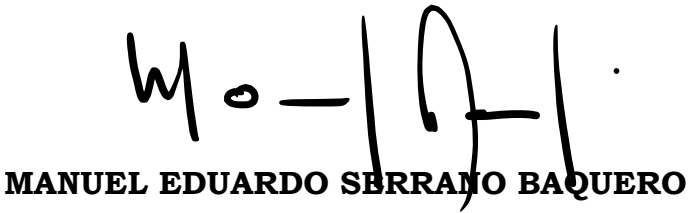
Los Magistrados,



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 JOHANNA
ANDREA GARCÍA OLAYA CONTRA ALL IN 1 SAS**

RADICADO: 11001 3105 017 2019 00226 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 contra la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 12 de marzo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existió un contrato a término fijo de un año, durante el periodo comprendido entre el 1° de agosto de 2011 y el 23 de marzo de 2017, el cual finalizó por mutuo acuerdo; que al momento de la terminación del contrato no se le cancelaron los salarios de 23 días y las prestaciones sociales a que tenía derecho, en consecuencia, se condenara a la demandada al pago de los salarios causados entre el 1 y 23 de marzo de 2017, así como, al pago de las prestaciones sociales y vacaciones generadas entre el 1 de enero de 2017 y el 23 de marzo de 2017, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., a la indexación de las sumas y al pago de las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que la demandada a la terminación del contrato expidió la liquidación de prestaciones sociales, por valor de \$8.207.005, no obstante, la misma no fue cancelada, argumentando que se realizaría una compensación para cubrir una deuda personal que se tenía con el empleador, sin embargo, destacó que a la finalización del vínculo no tenía deudas pendientes con éste y que nunca emitió autorización escrita para que la liquidación final fuera abonada a deuda alguna.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en el valor de los salarios, prestaciones sociales y vacaciones reclamadas fueron compensados con la obligación que la actora adquirió con la empresa, la cual al momento de la terminación del contrato tenía un saldo de \$25.000.000, que no existía mala fe en su actuar ya que nunca se desconocieron los valores a cancelar a la demandante, pues fueron liquidados como la ley ordenaba pero fueron compensados con el saldo del crédito que existía en favor de la empresa. Propuso las excepciones de mérito que denominó: compensación de obligaciones, inexistencia de mala fe, prescripción respecto a determinadas acreencias laborales y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 12 de marzo de 2021, el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de COMPENSACIÓN DE LA OBLIGACIÓN Y PRESCRIPCIÓN propuestas por la demandada ALL IN 1 S.A.S, según las razones expuestas.

SEGUNDO: DECLARAR que el descuento efectuado a la demandante, aplicado al pago de salarios y prestaciones sociales finales, no se encuentra debidamente autorizado y por consiguiente resulta ilegal.

TERCERO: CONDENAR a la demandada ALL IN 1 S.A.S a pagar a la demandante Sra. JOHANNA ANDREA GARCÍA OLAYA identificada con la C.C 1.013.609.141, la suma de SIETE MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS CUARENTA Y OCHO PESOS (\$ 7.641.448) mcte. valor que deberá ser indexado al momento de su pago, lo anterior según las consideraciones señaladas.

CUARTO: *ABSOLVER a la demandada de la pretensión alusiva a la sanción moratoria.*

QUINTO: *CONDENAR EN COSTAS a la demandada en proporción del 80%. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación, incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$ 1.700.000 M/Cte"*

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que el préstamo fue otorgado a la demandante en forma personal por quien aparentemente era el dueño de la compañía y con el que se tenía un vínculo familiar (tío), adicionalmente, indicó que no se pactaron las condiciones de plazo y exigibilidad frente al préstamo ya que estas no fueron plasmadas por lo que en todo caso no podía concluirse que las obligaciones fueran a ser cubiertas a la terminación del contrato y que ante la falta de certeza de la obligación, lo único que podía respaldar el descuento o la compensación era la autorización expresa de la trabajadora, siendo que quedó demostrado que el préstamo no se otorgó en calidad de trabajadora de la empresa demandada.

Adicionalmente y frente a la indemnización moratoria indicó que era un hecho cierto que la demandante fue beneficiaria del préstamo de 25 millones, lo que dio lugar a que la demandada entendiera que podía descontar o abonarse de la liquidación de prestaciones sociales ese valor, resaltando que aunque no se contó con la autorización expresa no se denotaba mala fe, pues se obró bajo la absoluta convicción que la demandada estaba apoyada por la ley, lo que distaba de una conducta de mala fe tendiente a desconocer o vulnerar los intereses de la trabajadora y que para absolver bastaba con acudir al acta de mutuo acuerdo para la terminación del

contrato en la que las partes se declaran a paz y salvo por todo concepto por no existir obligaciones entre ellas.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante interpuso el recurso de apelación parcial en lo relativo a la absolución de la demandada frente a la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T., sustentando el recurso de alzada y sus demás argumentaciones en que se encontraba inconforme con la decisión por cuanto no se podía absolver a la demandada sólo por considerar que el actuar de la demandada se ajustaba a la buena fe, pues en este caso a la finalización del contrato no hubo un pago de prestaciones sociales, en donde el descuento efectuado se realizó por un préstamo personal concedido por un familiar que tenía algún tipo de vinculación con la empresa y por ende no existía posibilidad de efectuar descuentos, siendo que los testimonios rendidos por los empleados de la demandada daban cuenta que existía un procedimiento para lo correspondiente a créditos otorgados a los trabajadores y que con base en este se pretendiera descontar las acreencias del demandante.

También señaló que en el documento aludido por el despacho “Acta de finalización del contrato” existió la posibilidad de hacer algún tipo de pronunciamiento sobre el crédito pero tampoco se hizo y que no se podía considerar aceptable que una empresa mezclara situaciones de parentesco para descontar o compensar acreencias laborales,

dado que no hubo ningún tipo de crédito con la empresa demandada, todo lo que evidenciaba un actuar de mala fe al ser contrario a las normas de orden social establecidas para la protección de descuentos.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente reconocer la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo de que trata el artículo 65 del C.S.T.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término fijo, que tuvo vigencia dentro de los extremos temporales comprendidos entre el 1° de agosto de 2011 y el 23 de marzo de 2017; ii) que el contrato terminó de mutuo acuerdo; iii) que el último cargo desempeñado por la actora en la demandada correspondió al de coordinadora de proyectos y el último salario devengado ascendió a \$3.863.149 y que iv) que el préstamo en virtud del cual se efectuó el descuento de la liquidación final de prestaciones sociales fue a título personal y no en calidad de trabajadora de la demandada.

Precisado lo anterior, conviene recordar lo expuesto por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL1413-2022, en donde frente a la indemnización moratoria, señaló:

“(...)

Sobre este particular, debe precisarse que la Sala de manera reiterada y pacífica ha sostenido que dicha sanción no es de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si éste, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo (CSJ SL053-2018, CSJ SL4515-2020, reiterada en SL 983-2021).

Se trata de una sanción en la que es preciso auscultar la conducta asumida por el deudor en aras de verificar si asisten razones serias y atendibles que justifiquen la conducta omisiva, en ese sentido no se pueden presumir reglas absolutas o esquemas preestablecidos.

En lo relativo a la buena fe, esta Sala, de tiempo atrás, ha expresado que la regla general es que las partes actúen en la relación laboral precedidos de buena fe, por tanto, a efectos de la imposición de la sanción moratoria por no consignación del auxilio de cesantía o de la indemnización moratoria del artículo 65 CST, el juez tiene el deber de establecer si el actuar del empleador, estuvo o no desprovisto de esta, pues la condena por aquellas, no opera de manera automática (CSJ 4515-2020).

(...)”.

De acuerdo con el precedente citado, se procede a analizar la situación fáctica expuesta, partiendo de la base que en este caso el préstamo que se otorgó a la demandante y en virtud del cual la demandada descontó el valor total de la liquidación de prestaciones fue a título personal entre la demandante y una persona ligada a la empresa con la que al parecer se tenía vínculo familiar.

En ese orden de ideas, al haberse acreditado que el préstamo mencionado no acaeció en calidad de trabajadora de la empresa (aspecto que no fue objeto de controversia por la demandada) y toda vez que también quedó evidenciado que no se contaba con autorización expresa expedida por la demandante para realizar el descuento o la compensación de la deuda con respectiva liquidación de prestaciones sociales, de dicho actuar no es posible desligar buena fe, por las razones que a continuación se pasan a exponer.

En primer lugar, no existía un nexo de causalidad que permitiera considerar que era posible efectuar un descuento a la trabajadora de su liquidación final de prestaciones sociales, dado que como se dejó sentado la empresa empleadora no concedió ningún crédito a la señora Johana Andrea García, de manera que no existía ninguna obligación crediticia entre las partes que pudiera considerarse amparada por la relación laboral y que permitiera actuar bajo la convicción de estar amparado por la ley para hacer el descuento.

Lo antes mencionado, se soporta aún más con lo señalado por los testigos señores Pedro Antonio López (Gerente financiero transversal de la empresas de las que hace parte demandada) y Tatiana Milena Aguirre (transversal manejo administrativo y de nómina), quienes dieron cuenta de la existencia de un procedimiento interno para el manejo de los créditos otorgados a los trabajadores, señalando las formalidades que se debía cumplir y de cuyas declaraciones además se desprende que para los descuentos se requerían autorizaciones, por lo que resultaba extraño que existiendo un proceso establecido, se hubiere permitido el descuento o compensación de la liquidación, sin siquiera estar clara la existencia de una obligación, ni sus plazos y condiciones y sin autorización de la trabajadora.

De igual forma, debe señalarse que el hecho que se hubiese suscrito el documento denominado “Finalización del contrato individual de trabajo a término fijo inferior a un año por mutuo consentimiento” y en este se hubiese contemplado que

se declaran mutuamente a paz y salvo por todo concepto, tampoco permitiría evidenciar la buena fe de la demandada, pues se trató de un documento general y abstracto que no permite establecer la intencionalidad de su suscripción y que no tiene la virtualidad per se de dar solución a los conflictos suscitados en la relación laboral, pues habría que considerar el carácter irrenunciable de los derechos laborales consagrados en la regulación laboral y tener presente lo expuesto por la C.S.J., S.C.L, en sentencia de Rad. No. 32371 de 2008, en donde se señaló “(...) *los denominados finiquitos o paz y salvos genéricos que sean suscritos por un trabajador, de manera alguna le vedan su derecho a reclamar sus acreencias laborales si posteriormente considera que el empleador se las adeuda*”.

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 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 el 23 de marzo de 2017 y que el salario devengado por la demandante ascendía a \$3.863.149 y que la demanda fue presentada el 22 de marzo de 2019, esto es, dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, 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, 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 24 de marzo de 2017 hasta el 23 de marzo de 2019, por lo que luego de la efectuada la operación aritmética se tiene que la indemnización moratoria asciende a \$92.715.576, causándole intereses de mora sobre las sumas adeudas por salarios y prestaciones (\$7.641.448), desde el 24 de marzo de 2019 y hasta cuando se verifique el pago.

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 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 12 de marzo de 2021, para en su lugar, **CONDENAR**

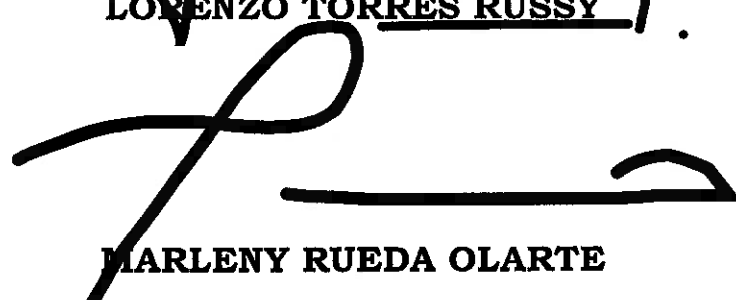
a la empresa demandada All in 1 SAS a pagar en favor de la demandante Johanna Andrea García Olaya, la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. por valor de \$92.715.576 y a partir del 24 de marzo de 2019, a los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se verifique el pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

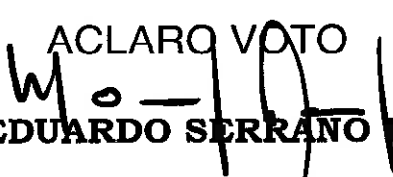
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

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

ROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR FRANCISCO LUIS OSORIO ESTRADA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A Y SKANDIA S.A.

RADICADO: 110013105 026 2020 00079 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 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 los recursos de apelación presentados por la parte demandada Skandia, Porvenir y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 23 de febrero de 2022.

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

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia al considerar que no le asiste razón al fallador, toda vez que en el presente asunto no se alegó y menos probó, los eventos previstos en el artículo 1741 del Código Civil, para declarar la nulidad absoluta o siguiente relativa del acto jurídico, lo que conduce a que dicho formulario de afiliación goce de plena validez.

COLPENSIONES., manifestó que no es procedente declarar que el contrato suscrito entre la demandante y las AFP es nulo, toda vez que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a determinar que el traslado efectuado por la accionante al RAIS, se llevó a cabo de manera libre y 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.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia con fundamento en que de conformidad al artículo 13 de la Ley 100 de 1993 , es clara la potestad radicada en cabeza de los afiliados al Sistema General de Pensiones, para escoger en forma libre y voluntaria el régimen al cual desean estar vinculados para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de vejez, el cual debe estar precedido de una información veraz, clara, completa y transparente por parte de la APF, de las consecuencias e impacto que tendría dicha decisión en la situación pensional.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y en consecuencia de dicha declaratoria se ordene el traslado de los aportes realizados junto con los rendimientos y frutos que reposan en la cuenta de ahorro individual.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 15 de noviembre de 1956; que cotizó al Régimen de Prima Media con Prestación Definida entre el periodo comprendido entre el 21 de noviembre de 1983 hasta el 31 de enero de 1992; que el 2 de mayo de 1995 se trasladó a Porvenir S.A; posteriormente se

trasladó a Old Mutual hoy Skandia S.A., sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información necesaria para tomar una decisión; que el 24 de agosto de 2018 radicó derecho de solicitud de declaratoria de ineficacia ante Colpensiones, la cual fue despachada de manera desfavorable.

Como fundamento normativo, citó la Ley 100 de 1993, los artículos 48 y 335 de la Constitución Política, el Decreto 663 de 1993, la Ley 795 de 2003, el Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el Código Civil, el artículo 48 de la Ley 1328 de 2009 y la sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicados N°31989 de 2008, 31314 de 2008, 12136 de 2014, 19447 de 2017, 4964 de 2018 y 4689 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado realizado por el demandante del RPM al RAIS se presume no solo efectuado en ejercicio del derecho de libre escogencia de régimen pensional consagrado en el artículo 13 literal b de la Ley 100 de 1993, sino plenamente valido. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

SKANDIA S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la afiliación que realizó el demandante goza de plena validez, toda vez que la asesoría brindada cumplió con los parámetros exigidos y contemplados en el normatividad. Propuso las excepciones de inexistencia de prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación 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 vinculación de la parte actora en el año 1995 fue producto de una decisión libre, informada y espontánea, después de haber sido ampliamente

asesorado sobre las implicaciones de su decisión. 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 23 de febrero de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por el demandante FRANCISCO LUIS OSORIO ESTRADA al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES SKANDIA a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES la totalidad de los aportes realizados por el demandante, el señor FRANCISCO LUIS OSORIO ESTRADA, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PORVENIR a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES los dineros descontados por gastos de administración de la cuenta de ahorro individual del aquí demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PORVENIR y SKANDIA. Fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000).”

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que para que se entienda que la afiliación se diera de manera libre y voluntaria se debe verificar que la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez los beneficios que obtendrían; aunado a ello establece que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados del sistema pensional a fin de que los mismos pudieran tomar una decisión consciente y voluntaria sobre su futuro pensional, así como también la carga de la prueba se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR., interpuso recurso de apelación al considerar que en primera medida no se valoró que el consentimiento informado bajo el derecho de la libre escogencia se materializó con la suscripción de la solicitud de afiliación, documento público que no fue tachado de falso, además de ello señaló que la AFP garantizó el derecho de retracto facultad que no ejerció el demandante; por otro lado precisó que no es procedente la condena de la devolución de gastos de administración, toda vez que de conformidad con el inciso segundo del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, también en el Régimen de Prima Media se destina un tres por ciento a financiar comisión de administración, pensión de invalidez y sobrevivencia; emolumentos que no forman parte de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno de la prescripción.

La apoderada de Skandia, interpuso recurso de apelación parcial en lo referente de la condena proferida en primera instancia de trasladar los gastos de administración, al considerar que de conformidad con la normatividad vigente dichos conceptos no forman parte de la cuenta de ahorro individual y al realizar dicha devolución se está generando un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones.

La apoderada de Colpensiones, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque la sentencia proferida en primera instancia en su integridad, con fundamento en el literal b del artículo 13 en la Ley 100 de 1993 y la sentencia de la Corte Constitucional C- 789 de 2002, las personas tienen derecho a la libre escogencia de régimen pensional, en ese entendido sostiene que de los medios de prueba se evidencian dos formularios de afiliación que no fueron tachados de falso y que de ellos se desprende la voluntad inicial en pertenecer en el RAIS y del interrogatorio de parte se desprende que el actor conocía de las características del régimen privado; por otro lado precisó que existen actos de relacionamiento que no pueden pasarse por alto.

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 formularios de vinculación a Porvenir S.A., el 2 de mayo de 1995 y posteriormente el 5 de noviembre de 2009 a Skandia S.A.

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 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."

Frente a la excepción de prescripción, la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en la SL2611-2020, expreso:

"Al efecto, aun cuando en las controversias suscitadas en el ámbito del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, los preceptos llamados a regular la extinción de la acción, son los artículos 488 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, normativa en virtud de la cual opera el termino trienal, con un periodo de consolidación contabilizado desde la exigibilidad de la obligación, en el asunto bajo estudio, dicho concepto se torna inaplicable, toda vez que las pretensiones encaminadas a obtener la nulidad del traslado de régimen y sus respectivas consecuencias ostentan un carácter declarativo, en la medida en que se relacionan con el deber de examinar la expectativa del afiliado a fin de recuperar el régimen de prima media con prestación definida, y en tal virtud acceder al reconocimiento de la prestación pensional, previo cumplimiento de los presupuestos legales establecidos para tal fin. CSJ AL1663-2018, CSJ AL3807-2018.

De igual forma, destaca la Sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado, no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, sino por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial, en sí misma, acaecimiento ultimo frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hayan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver sentencia CSJ SL 8. mar. 2013 rad. 49741."

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 el 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 Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 23 de febrero de 2022, 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 SONIA VICKY POSSIN DE MORENO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 026 2021 00122 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 la parte demandada Protección S.A y Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de febrero de 2022.

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

PROTECCION S.A., manifestó que resulta improcedente la devolución de gastos de administración por parte de la AFP, toda vez que la orden emitida en primera instancia va en contra de una norma superior como lo es la Ley 100 de 1993, que la redacción original, dispuso el pago de los gastos en los que incurre el fondo de pensiones para administrar los recursos consignados en la cuenta de ahorro individual, posteriormente ratificado en la Ley 797 de 2003 en su artículo 7.

El apoderado de la parte demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia con fundamento en que no existen en el expediente pruebas documentales que demuestren que Protección S.A., le brindó a la demandante un asesoría integral, veraz, oportuna y completa, en donde se le haya indicado las respectivas ventajas y desventajas de pertenecer en el Régimen de Prima Media, tal y como lo exigía el artículo 15 del Decreto 656 de 1994.

I. ANTECEDENTES

La parte demandante, pretende se declare la ineficacia del traslado que realizó a Protección S.A., por falta al deber de información y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene al traslado de los aportes cotizados a Colpensiones, así como también se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión de vejez en los términos de la Ley 100 de 1993, aplicando para el caso en concreto el régimen de transición al que tiene derecho.

Sustento sus pretensiones, en que se afilió al Instituto de Seguros Sociales el 9 de noviembre de 1987, cotizando un total de 336,43 semanas; que el 27 de abril de 1994 se trasladó a la Administradora de Fondos de Pensiones de Pensiones y Cesantías Protección S.A., sin que el asesor de dicho fondo le suministrara la información necesaria para tomar una decisión.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, los artículos 4 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y las sentencias de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral con radicados N°31989 y 31314 de 2008, 46292 de 2014, 55050 de 2015.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, los cuales conllevan a

determinar que el traslado efectuado por la accionante al Régimen de Ahorro Individual, se llevo a cabo de manera libre y voluntaria, así como el respectivo asesor del fondo privado, suministro la información de forma clara y Precisa respecto de los efectos jurídicos que le acarrearía el traslado del Régimen. Propuso entre otras las excepciones de prescripción, cobro de lo debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

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 traslado de régimen pensional estuvo precedido de información, clara, precisa, de fondo, veraz, oportuna y suficiente en relación con los efectos jurídicos, las consecuencias generadas por el traslado de régimen. Propuso entre otras las excepciones de declaración de manera libre y espontanea, buena fe por parte de la AFP, inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 25 de febrero de 2022, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante SONIA VICKY POSSIN DE MORENO al régimen de ahorro individual con solidaridad, a partir del 27 de abril de 1994, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al FONDO DE PENSIONES PROTECCION a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, la totalidad de los aportes realizados por el demandante, junto con los rendimientos financieros causados, sin que haya lugar a descontar suma alguna por concepto de administración conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por el demandante.

CUARTO: CONDENAR a ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES el reconocimiento y pago de la pensión de vejez de la demandante, de conformidad con lo establecido en el Decreto 758 de 1990, aplicando una tasa de reemplazo equivalente del 90 % del ingreso base de liquidación, el cual, deberá ser liquidado una vez le sean retornar los aportes por parte de PROTECCION, calculando el ingreso base de liquidación con el promedio lo devengado en los diez últimos años de servicio o con toda la vida, aplicándole el más favorable a la demandante y contabilizando hasta la última semana de cotización, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCION. Fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN DE PESOS (\$1.000.000)."

Como fundamento de su decisión, argumentó que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia señaló que para que se entienda que la afiliación se diera de manera libre y voluntaria se debe verificar que la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen a su vez los beneficios que obtendrían; aunado a ello establece que las AFP desde su creación tienen la obligación de informar a los afiliados del sistema pensional a fin de que los mismos pudieran tomar una decisión consciente y voluntaria sobre su futuro pensional, así como también la carga de la prueba se encuentra a cargo de las administradoras de pensiones y por tanto hay lugar a declarar ineficaz el traslado de régimen pensional.

Refirió que en lo referente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, una vez revisado el expediente se establece que la demandante es beneficiaria del régimen de transición contemplada en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, toda vez que para el año 1994 contaba con 38 años de edad y para el 22 de julio de 2005 fecha de entrada en vigencia del acto legislativo 01 de 2005, la actora tenía 900 semanas, en virtud de que con el Instituto de los Seguros Sociales acreditó un total de 336.43 semanas y con Protección cotizó 569 semanas con anterioridad a la entrada en vigencia del mencionado acto legislativo.

Así las cosas, al revisar la historia laboral de la demandante se encuentra que para el 20 de enero de 2011 momento en el cual cumplió con los 55 años de edad tenía cotizadas más de mil semanas en cualquier tiempo, razón por la cual para dicha data, ya había causado su derecho pensional conforme los lineamientos del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 12 del Decreto 758 de 1990, por lo que hay lugar a ordenar el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PROTECCION., interpuso recurso de apelación parcial en contra del numeral segundo que condenó a la AFP a la devolución de gastos de administración, al considerar que dichos conceptos se encuentran enunciados en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, descuentos que se realizan tanto el RAIS como en el RPM, señaló que debe tenerse en cuenta el principio de restituciones mutuas que contempla el Código Civil.

La apoderada de Colpensiones, interpuso recurso de apelación y solicitó se revoque de forma parcial en lo referente al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, toda vez que hasta tanto Colpensiones la historia laboral actualizada para poder realizar el estudio de la prestación realizando la liquidación correspondiente, en consecuencia solicitó se revoque en ese sentido la sentencia emitida en 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 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 del expediente se evidencia formulario de vinculación a Protección S.A., el 27 de abril de 1994.

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.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por el fallador de primera instancia, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la orden impartida en la presente sentencia, y se tenga la totalidad de información y recursos de la demandante en el régimen de prima media.

Lo anterior, como quiera que es indispensable que los aportes de la afiliada se encuentren debidamente reflejados en el reporte de historia laboral dentro del régimen de prima media, a efectos que COLPENSIONES pueda analizar la situación particular con datos concretos, y de manera precisa, sin lugar a errores dadas las circunstancias actuales en la que se encuentra la demandante.

En consecuencia, se REVOCARÁ el numeral 4° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar ABSOLVER a COLPENSIONES respecto del reconocimiento de la pensión de vejez de que trata la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003 a favor de la aquí demandante, por las razones mencionadas.

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 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de febrero de 2022 y en su lugar absolver a COLPENSIONES del reconocimiento pensional ordenado a favor de la demandante.

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

TERCERO: 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 OMAR BAEZ MATALLANA
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES
COLPENSIONES Y PORVENIR S.A., Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 11001 3105 029 2021 00066 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

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 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 recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 3 de marzo de 2022.

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

COLPENSIONES por medio del cual manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado efectuados por el actor al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y 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 RPM.

I. ANTECEDENTES

El demandante pretendió se declare la ineficacia del traslado que realizó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Protección S.A., devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones- Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de asegurado con todos sus rendimientos e intereses.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que cotizó al Régimen de Prima Media desde el 23 de abril de 1992; que se trasladó a la AFP Protección S.A., en el mes de diciembre de 1996., sin que los asesores de dicho fondo le suministraran la información necesaria para tomar una decisión; que el 7 de septiembre de 2020 solicitó ante Colpensiones continuar en el RPM, petición que fue despachada de manera desfavorable por la Entidad.

Como fundamento normativo, citó el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 2071 de 2015, y las sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral con radicados N°31989 de 2008, 33083 de 2011, 68852 de 2019 y 68838 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

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, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que de conformidad con los documentos allegados como soporte probatorio dan plena certeza de que la afiliación realizada por el demandante a Protección S.A., se efectuó de manera voluntaria y sin dilaciones. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

Mediante auto del 4 de octubre de 2021, se dispuso tener por no contestada la demanda por parte de la Administradora de Fondo de Pensiones y Cesantías Porvenir.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 3 de marzo de 2022, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado del señor OMAR BAEZ MATAALLANA identificado con C.C. N. 79.332.775, realizado ante la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIRS.A., el 05 de noviembre de 1996, 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 lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante OMAR BAEZ MATAALLANA, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante,

como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: SIN CONDENA en costas

QUINTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la actualidad mediante la cual ha fijado reglas que se cumplen desde esa época, las cuales señaló consisten en el deber de información que se tenía al momento de trasladarse la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, información que debía ser suministrada por el fondo al que se trasladó la demandante, así como también la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones que deben demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación parcial contra la sentencia proferida en el sentido de adicionar el numero segundo e incluir los gastos de administración, con el fin de que dichos recursos puedan ser contados dentro de la actualización de la historia laboral del demandante, esto de conformidad a lo señalado por la Corte Suprema de Justicia, frente a las consecuencias prácticas de la declaratoria de ineficacia aplicando el artículo 1746 del Código Civil.

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 vinculación a Protección S.A., el 19 de octubre de 2004.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1996 un asesor de Porvenir S.A., que le indicó que podría pensionarse de forma anticipada y podría obtener unos rendimientos altos y que la mejor opción era trasladarse de régimen pensional, en virtud de que el Seguro Social se iba acabar y por ello decidió diligenciar el formulario de afiliación y posteriormente se trasladó a Protección S.A.

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.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que las AFP., deben devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación al demandante. Al respecto 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 señalar 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 el demandante, adicionando que la devolución incluye los gastos de administración.

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: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 3 de marzo de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: 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 JACQUELINE HERNANDEZ CAÑAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y COLFONDOS S.A., Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 11001 3105 029 2021 00110 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintiuno (2021).

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 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 recurso de apelación presentado por Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta, contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de noviembre de 2021.

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

COLPENSIONES por medio del cual manifestó que obran dentro del proceso medios de prueba documentales suficientes, lo cuales conllevan a determinar que el traslado efectuados por el actor al Régimen de Ahorro Individual, se llevó a cabo de manera libre y 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 RPM.

Por su parte la apoderada de la parte demandante solicitó confirmar en todas sus partes la decisión proferida en primera instancia al considerar que de conformidad a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se debe demostrar que se obtuvo el consentimiento informado por parte del afiliado, brindando una información, completa, comprensible y veraz a efectos que pudiese adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

I. ANTECEDENTES

La demandante pretendió se declare la ineficacia del traslado que realizó el 17 de marzo de 1997 a Colmena hoy Protección S.A., así como el que efectuó el 10 de junio de 1999 a Colfondos S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria ordenar a las AFP trasladar a Colpensiones la totalidad de aportes a pensiones junto con sus rendimientos, bonos pensionales, títulos pensionales, comisiones, gastos de administración y demás emolumentos que se hayan descontado y por consiguiente se le reconozca y pague la pensión de vejez.

Como sustento de sus pretensiones manifestó que nació el 15 de febrero de 1963; que se afilio al Seguro Social el 21 de marzo de 1985; que el 17 marzo de 1997 se trasladó a la AFP Colmena hoy Protección S.A.; posteriormente el 10 de junio de 1999 se trasladó a Colfondos S.A., sin que los asesores de dichos fondos privados le suministraran la información

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, los artículos 1502, 1508, 1510, 1511, 1740, 1741, 1742 y 1746 del Código Civil, el artículo 97 del Decreto 663 de 1993 y las sentencia de la Corte Suprema

de Justicia con radicados N° 31989 de 2008, 12136 de 2014, 19447, 17595 de 2017, 4694 de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A., realizó contestación a la demanda, en el que se opuso a las pretensiones de la demanda al considerar que la AFP si 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, en la que se le asesoro acerca de las características de dicho régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación, ratificación de la afiliación, prescripción, compensación y pago.

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, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

COLPENSIONES., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, en el que se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda con fundamento en que los traslados que realizó la demandante se deben tener como valido atendiendo a que no se observa ningún elemento que permita observar algún vicio en el consentimiento como error, fuerza o dolo, ya que se evidencia la plena voluntad de la actora. Propuso las excepciones de prescripción, caducidad, inexistencia del derecho, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, cobro de lo no debido, buena fe, imposibilidad de condena en costas y declaratoria de otras excepciones.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación de la señora JACQUELINE HERNANDEZ CAÑAS identificada con C.C.N. 52.117.161, realizada ante la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. antes Colmena el 17 de marzo de 1997, por los motivos expuestos. En consecuencia DECLARAR que para todos los efectos legales 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 COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante JACQUELINE HERNANDEZ CAÑAS, como cotizaciones y rendimientos, para lo cual se le concede el término de 30 días hábiles siguientes a la ejecutoria de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir de COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones y rendimientos que se hubieren causado y actualizar la historia laboral.

CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES que una vez actualizada la historia laboral de la demandante estudie si la misma cumple o no con los requisitos de la pensión de vejez y de cumplirlos proceda a su reconocimiento.

QUINTO: SIN CONDENA en costas

SEXTO: CONSULTAR la presente sentencia en caso de no ser apelada por la parte demandada Colpensiones, en los términos del artículo 69 del CPT y de la SS.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que acoge la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia desde el año 2008 hasta la actualidad mediante la cual ha fijado reglas que se cumplen desde esa época, las cuales señaló consisten en el deber de información que se tenía al momento de trasladarse la actora del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, información que debía ser suministrada por el fondo al que se trasladó la demandante, así como también la carga de la prueba está a cargo de los fondos de pensiones que deben demostrar que efectivamente se cumplió con el deber de información y que el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación no es prueba suficiente de ese consentimiento informado.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación contra del numeral segundo la sentencia proferida, para que el Tribunal Superior de Bogotá adicione a dicho ordinal los gastos de administración de la actora, con el fin de poder actualizar las historia laboral de la demandante, con fundamento en los expuesto la Corte Suprema de Justicia frente a los gastos de administración en el sentido de que una vez declarado el acto de ineficacia del traslado se debe entender que dicha afiliación al fondo privado nunca se realizó y en ese sentidos debe restituir dichos valores a 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 en el expediente se evidencia formularios de vinculación a Protección S.A., el 17 de marzo de 1997 y posteriormente el 10 de junio de 1999 a Colfondos S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1997 un asesor de Colmena S.A., hoy Protección S.A., que le indicó que el Seguro Social se iba acabar y que la mejor opción era el traslado al régimen privado, posteriormente se trasladó a Colfondos S.A.

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.

Ahora bien, en cuanto al aspecto de la devolución de gastos de administración, para la Sala es claro que las AFP., deben devolver a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación al demandante. Al respecto 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 señalar 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.

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: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de noviembre de 2021, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: 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 RODRIGUEZ ALAVA contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 034 2020 00033 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 la parte demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 4 de noviembre de 2021.

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

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), así como tampoco se está frente a un error sobre un punto de derecho que no tiene fuerza legal para repercutir sobre la eficiencia jurídica del acto de afiliación celebrado entre el demandante y Porvenir por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que por esencial afecta la validez del acto.

PORVENIR S.A., solicitó se revoque la sentencia de primera instancia, al considerar que el juzgador de instancia no tuvo en cuenta que el traslado de régimen pensional del demandante reviste de completa validez en la medida que se cumplió a cabalidad con las obligaciones que le correspondían en materia en ese momento, las cuales, no exigían una información en los terminar reclamados en la demanda y argumentados en el fallo de primera instancia.

I. ANTECEDENTES

El señor Luis Rodríguez Alava, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir S.A., y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Colpensiones recibir todas y cada una de las cotizaciones realizadas en el Régimen de Ahorro Individual desde el 1 noviembre de 1994, hasta la fecha que se realice su retorno al RPM, con la indexación pertinente e intereses de mora.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 7 de marzo de 1961; que se afilió al Instituto de los Seguros Sociales el 10 de marzo de 1987; que el 1 de noviembre de 1994 se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por Porvenir S.A; que en el mes de junio de 2009 se trasladó a Protección S.A., sin que los asesores de dichos fondos le suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional.

Como fundamento normativo, citó los artículos 13, 272 de la ley 100 de 1993; el artículo 53 de la Constitución Nacional; la sentencia de la Corte Constitucional C-168 de 1995; T-084 de 2017; las sentencias de la Corte Suprema de Justicia con radicado N° 29887 de 2007, 31989 y 31314 de 2008,46292 de 2014.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito incorporado al plenario, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que la afiliación del demandante al RAIS es válida, toda vez que el actor suscribió el formulario

de afiliación de manera libre, espontánea y sin presiones completamente informado, en virtud de que recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP con la información suficiente y necesaria para su afiliación el RAIS. Propuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que no se observa dentro del expediente prueba alguna de que efectivamente a la demandante se le hubiese hecho incurrir en error por falta al deber de información, por parte de las AFP o que se esté en presencia de algún vicio en el consentimiento (error, fuerza o dolo). Propuso entre otras las excepciones de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia del pago de costas 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 se está frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo. Propuso entre otras las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restitución mutua de la AFP, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 4 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia y/o nulidad del traslado realizado por la demandante LUIS EDUARDO RODRIGUEZ ALAVA, entre el régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual, efectuado el 6 de octubre de 1994, a través de la afiliación a la sociedad administradora de fondos de pensiones PORVENIR S.A., y posteriormente, el traslado a la SOCIEDAD AFP PROTECCION S.A.

SEGUNDO: CONDENAR a la administradora de fondos de pensiones AFP PROTECCION S.A., a reintegrar a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del demandante LUIS EDUARDO RODRIGUEZ ALAVA, como cotizaciones, bonos pensionales,

sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES, como administradora del régimen de prima media con prestación definida, a recibir todos los valores que reintegre la AFP PROTECCION S.A., con motivo de la afiliación de demandante LUIS EDUARDO RODRIGUEZ ALAVA, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses o rendimientos que se hubieren causado y, tenerlos como semanas efectivamente cotizadas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las entidades demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas procesales a las demandadas AFP PORVENIR S.A., y la SOCIEDAD AFP PROTECCION S.A. se fijan como agencias en derecho, la suma de UN salario mínimos legales mensuales vigentes para cada una de ellas y a favor del demandante.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión envíese ante el superior en grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que según jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia siempre ha existido el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones ilustrando de manera clara, precisa, perentoria suficiente a las personas que pretenden realizar el traslado de régimen hacia el Régimen de Ahorro Individual, advirtió que ese derecho cubre a todas las personas sin importar que no se encuentren en un régimen de transición.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que no existen razones para haber declarado una ineficacia de traslado del régimen pensional, toda vez que hubo un consentimiento expreso el cual se encuentre libre de vicios; firmando el actor de forma libre y voluntaria el formulario de afiliación sin ningún tipo de coacción tal y como lo manifestó en el interrogatorio de parte, además de ello resalta que el señor Luis Rodríguez contaba con la capacidad para trasladarse de régimen en ese momento, sin que se avizore una causal que diera paso a la declaratoria de ineficacia de traslado; por otro lado precisó que el demandante se encuentra inmerso dentro de una prohibición que no le permite el traslado del RAIS al RPM, ya que se encuentra próximo a cumplir la edad necesaria para pensionarse.

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 en el expediente se evidencia formularios de vinculación a Porvenir S.A., el 6 de octubre de 1994 y posteriormente el 30 de abril de 2009 a Protección S.A.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que en su lugar de trabajo en el año 1994 de forma privada una asesora de Provenir S.A., que le indicó que los mejores rendimientos eran los de la AFP y posteriormente se trasladó a ING hoy Protección S.A., en razón a que cambio de empleador en el año 2009, sin que los asesores de los fondos le suministraran la información pertinente.

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.

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 Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 4 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 BLANCA AURORA GUTIERREZ MARTIN contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, COLFONDOS S.A PENSIONES Y CESANTIAS, SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A.

RADICADO: 110013105036202100019 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 la parte demandada COLFONDOS S.A, PORVENIR S.A y COLPENSIONES y el grado jurisdiccional de consulta a favor de ésta, contra la sentencia proferida por el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de marzo de 2022.

I. ANTECEDENTES

La señora Blanca Aurora Gutiérrez Martin, pretende la nulidad del traslado que realizó a Porvenir 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 Nacional de Previsión desde el 2 de enero de 1981 hasta el 1 de agosto de 1991, señaló que se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con solidaridad administrado por Colfondos S.A., el 11 de junio de 1994., sin que se le hubiese suministrado la información necesaria para trasladarse de régimen.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48, 53 de la Constitución Política, artículos 13 literales b) e), y artículos 271, 272 de la Ley 100 de 1993, decreto 663 de 1993, artículo 97 numeral 1, artículo 98 numeral 4, decreto 656 de 1994 artículo 4, decreto 692 de 1994 artículo 11 inciso 4, decreto 1161 de 1994 artículos 10 y 12 y circular externa 001 de 2004 de la superintendencia bancaria.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, efectuó contestación a la demanda mediante escrito, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que sí brindó a la demandante una asesoría integral, suficiente, oportuna, veraz y eficaz respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de administradora de Fondos de Pensiones y que, por tanto, no existió omisión de información, como tampoco indebida o equivocada asesoría al momento del traslado. En consecuencia, no hay lugar a acreditar la nulidad del traslado de régimen pensional. Propuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, no existe prueba de causa de nulidad alguna, prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos.

PORVENIR S.A., efectuó contestación a la demanda mediante escrito, donde se opone de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda, al considerar que el traslado fue completamente válido, ya que estuvo precedido de una asesoría oportuna, profesional, informada y ajustada a lo dispuesto en el artículo 30 del Decreto 663 de 1993, y en igual sentido el traslado horizontal hacia COLPATRIA hoy PORVENIR S.A tuvo lugar de conformidad con el artículo 112 de la ley 100 de 1993. En consecuencia, no hay lugar a acreditar la nulidad del traslado de régimen pensional. 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, buena fe.

Por su parte, COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la demandante se encuentra válidamente afiliada al régimen de ahorro individual y no tuvo injerencia en dicha decisión, razón por la cual el traslado afecta los intereses de COLPENSIONES, teniendo en cuenta que el demandante ya se encontraba inmerso en la prohibición legal, pues al momento de la solicitud del traslado contaba con 59 años de edad, faltando menos de 10 años para cumplir con el requisito de la edad; además de afectar gravemente con el principio de sostenibilidad financiera. Propuso entre otras las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en 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 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, aplicabilidad de sentencia sl 373 de 2021, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de marzo de 2022, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por la señora BLANCA AURORA GUTIERREZ MARTIN del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, que se hizo efectivo el 11 de junio de 1994, a través de la AFP Colfondos Pensiones y Cesantías.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones-, los valores descontados de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones. Incluidos los costos de las primas de los seguros previsionales, y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

TERCERO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad de los valores que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de la accionante, durante el término que estuvo afiliado a esta, por concepto de gastos de administración, comisiones incluidas las primas de seguros previsionales, realizados al fondo de garantía de pensión mínima, sumas que deberán ser debidamente indexadas.

CUARTO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de pensiones Colpensiones a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes a la historia laboral de la señora BLANCA AURORA GUTIERREZ MARTIN.

QUINTO: DECLARAR no probada la excepción de prescripción.

SEXTO: CONDENAR en COSTAS a Porvenir S.A., Colfondos y Colpensiones. Líquidense como agencias en derecho con la suma de un (1) SMLMV a cada una de ellas.

SEPTIMO: CONSULTESE con el Superior la presente sentencia en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES-, conforme lo dispone el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S.

Como fundamento de la decisión, la juez argumentó, que la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado 31989 del 9 de septiembre de 2008, sentencia 33083 del 22 de noviembre de 2011, sentencia SL 12136 de 2014, SL 19447 de 2017, 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 la sola firma en el formulario de afiliación no exime ni tampoco es indicativo que el afiliado recibió la información suficiente pues tal formalismo no excusa a las administradoras de cumplir con sus deberes. La demandante no recibió información por parte de la AFP, por tanto, las AFP demandadas no cumplieron con el deber de información y tampoco con la carga probatoria.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que la demandante se afilió al Régimen de Ahorro Individual de manera voluntaria, adicionalmente el ente gubernamental que vigila las administradoras de pensiones, esto es la Superintendencia Financiera, ha sido enfático en señalar que la obligación de las AFP de brindar esta información nació a la vida jurídica solamente con la entrada en vigor del decreto 2241 del 2010 y en esta medida al ser el traslado de régimen en el año 1994 no existía en cabeza de las AFP esta obligación que actualmente existe, por tal motivo para ese momento se cumplió con la totalidad de las obligaciones establecidas en la Ley. Adicionalmente, frente a la condena a la devolución de los gastos de

administración y todos los bonos considera que esa decisión es desproporcionada teniendo en cuenta que el descuento de estos porcentajes se efectuó en el cumplimiento de un deber legal el cual está establecido en el artículo 20 de la Ley 100 de 1993. Solicita sea revocada la sentencia y se absuelva a su representada de las condenas y pretensiones.

El apoderado de COLFONDOS S.A, interpuso recurso de apelación frente a la condena impuesta a la devolución de gastos de administración debidamente indexados, teniendo en cuenta que conforme a la buena gestión realizada por su representada se lograron unos rendimientos y no se evidencia perjuicio y éstos rendimientos no los tiene su representada por cuanto estos se utilizan para adquirir póliza de seguros provisionales y también se traslada un porcentaje al fondo de solidaridad y de ser así éste último debió ser vinculado a la presente demanda. Solicita tenerse presente que su representada siempre actuó de buena fe y conforme a la normatividad vigente, por tanto, pide revocar parcialmente la sentencia.

El apoderado de COLPENSIONES, interpuso recurso de apelación frente a la condena impuesta toda vez que del interrogatorio de parte y pruebas documentales permite establecer que no existió un error de hecho sino de derecho el cual con el paso del tiempo fue subsanado no solo por la voluntad que se plasmó al momento de la suscripción de los formularios de afiliación y su vocación de permanecer en el régimen privado se dio por parte de la demandante por un tiempo prolongado. Que el legislador mediante el artículo 2 de la Ley 797 de 2003 estableció una temporalidad de tiempo para las personas que quieran trasladarse de un régimen a otro, además no es posible retrotraer los efectos de un negocio jurídico del cual la demandante fue parte sin ninguna presión y que abiertamente reconoció no se interesó faltando a sus obligaciones

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 del expediente se evidencia formulario de afiliación a COLFONDOS S.A., el 11 de junio de 1994.

Del interrogatorio de parte absuelto por el actor, señaló que para su posesión en el Hospital Militar, en la oficina de Talento Humano le hicieron llenar y firmar el formulario de Colfondos S.A, manifestó que ningún asesor le brindó algún tipo de información; posteriormente en el año 2000 llegó a su lugar de trabajo una señora de Colpatria que le señaló que se podría hacer la devolución de todo el dinero ahorrado, sin que le informara vqué era una cuenta de ahorro individual, rendimientos financieros ni los aportes voluntarios.

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 Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha el 1 de marzo de 2022, 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 DEYDA YOJANA
PEREZ BETANCOURTH CONTRA TEAM FOODS COLOMBIA
S.A.**

RADICADO: 11001 3105 037 2017 00118 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 las partes contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

La actora formuló demanda con el objeto de que se condenara a la demandada a pagar el reajuste de salarios y prestaciones sociales legales y primas extralegales, debidamente indexadas, desde el 12 de febrero de 2016, a lo que resultara probado ultra y extra petita y a las costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que se encuentra prestando servicios para la demandandada desde el 26 de abril de 2016; que el cargo que desempeñaba en la actualidad era el de ingeniero de planta y el salario devengado ascendía a \$3.462.544; que el 28 de julio de 2009, la demandada le informó que las primas extralegales de junio, diciembre y vacaciones, así como los auxilios de alimentación y transporte que venía recibiendo voluntariamente de su empleador, a partir del 1° de agosto de 2009, se convirtieron en salario y también se pactó que las partes no podían recibir doble beneficio en caso de sindicalizarse; que se encontraba afiliada a la organización sindical Sintraimagra y recibía los beneficios de la CCT; que el 18 de febrero de 2016, recibió comunicación de la demandada informando que su salario había sido desmejorado, disminuido de \$4.159.000 a \$3.462.544 y que a demás de desmejorar su salario también se efecto su cotización a la seguridad social y la carga prestacional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones y negando algunos hechos y aceptando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que no se adeudaban salarios, prestaciones sociales, primas extralegales, ni el reajuste de las mismas dado que la empresa había pagado todos los valores causados en la relación laboral y que las afirmaciones de la demandante eran infundadas y malintencionadas ya que la empresa comunicó las condiciones salariales teniendo en cuenta que la actora había ingresado al sindicato y tenía beneficios otorgados por la CCT, aplicándose el acta de imputabilidad que se había celebrado con la actora de manera libre, voluntaria y de común acuerdo. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de las obligaciones que se pretenden deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada, cobro de lo no debido, buena fe de la demandada Team Foods Colombia S.A., mala fe de la demandante, pago, prescripción, compensación y genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de octubre de 2020, el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

"PRIMERO: DECLARAR que entre la demandante DEYDA YOJANA PÉREZ BETANCOURTH y la sociedad TEAM FOODS COLOMBIA S.A., existe un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de septiembre de 2005 que a la fecha se encuentra vigente, desempeñando el cargo de Ingeniera de planta de conformidad con lo expuesto en las motivaciones de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que la demandada TEAM FOODS COLOMBIA S.A., adeuda a la demandante DEYDA YOJANA PÉREZ BETANCOURTH la suma de \$1.500.199 por concepto de los salarios causados y no pagados correspondiente para los meses febrero y abril de 2016 y febrero del año 2017.

TERCERO: CONDENAR a la demandada TEAM FOODS COLOMBIA S.A., adeuda a la indexación de las sumas señaladas en el numeral anterior.

CUARTO: ABSOLVER a la demandada TEAM FOODS COLOMBIA S.A., de las demás pretensiones incoadas en su contra por la demandante DEYDA YOJANA PÉREZ BETANCOURTH.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandada; inclúyase en la liquidación de costas la suma de 1 smmlv, valor en que se estiman las agencias en derecho."

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que el documento que las partes denominaron acta de acuerdo, correspondía a un pacto colectivo, suscrito el 28 de julio de 2009, en virtud del cual se acordó que las primas extralegales de navidad, junio y vacaciones, junto con los auxilios de alimentación y transporte de la actora constituían salario a partir del 1° de agosto de 2009, pero que luego de la afiliación de la actora a SINTRAIMAGRA, el 25 de enero de 2016 y de que ésta empezó a recibir los beneficios establecidos en la convención colectiva vigente 2016 – 2020, se presentó una desmejora respecto de su salario básico.

También, mencionó que conforme a la jurisprudencia constitucional el pacto colectivo no podía utilizarse como herramienta para discriminar a los trabajadores para favorecer o darles mejores beneficios a aquellos que no encontraban afiliados al sindicato y también mencionó que cuando el trabajador que se beneficiaba del Pacto Colectivo pasaba a recibir los beneficios de la Convención, será éste último instrumento el que regulara las condiciones de trabajo,

por lo que no podía solicitarse la aplicación simultánea, así y como de la revisión de la nómina allegada por la demandada, se advirtió una variación en el salario mensual, en los meses de febrero y abril de 2016 y febrero de 2017, se ordenó el pago de las diferencias en favor de la actora y frente a la reliquidación de prestaciones sociales se ordena el pago de la diferencia en las cesantías causadas en el 2016 y que fueron pagadas en el 2017.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante sustentó el recurso y demás argumentaciones en que se allegaron varios desprendibles de nómina de los que se podía colegir que la actora había sido desmejorada en sus salarios, prestaciones y aportes a pensión desde el 25 de enero de 2016, fecha de afiliación al sindicato, así como debía tenerse en cuenta que la demandada en sus diferentes manifestaciones dejaba entrever que la demandante tenía un salario, prestaciones y aportes a pensión menores que un trabajador no sindicalizado tal y como se evidenciaba en la certificación obrante a folio 341 y 342, de donde se evidenciaba una desmejora por lo menos al 10 de marzo de 2020.

Igualmente, refirió que durante los años 2017, 2018 y 2019, se evidenciaba una desmejora salarial, siendo que la demandada no desconocía que la actora ya no tenía un salario que incluía los pagos extralegales, lo que se advertía de la comunicación obrante a folio 147, en donde se comunicaba que el salario había sido disminuido a partir del 25 de enero

de 2016, con lo que se reconocía que la actora había sido víctima de desmejora desde el 25 de enero de 2016 hasta el 10 de marzo de 2020, que debía tenerse en cuenta que no se trataba de un doble beneficio sino de una discriminación por pertenecer al sindicato, pues aunque se aludía que no había una desmejora en el contrato si se advertía que un trabajador sindicalizado ganaba 5 millones mientras que uno no sindicalizado ganaba 4 millones.

Finalmente, resaltó que el a quo en sus facultades extra petita podría haberse pronunciado respecto a los aportes al SGSS en pensiones dado que se podía evidenciar que la misma se vería desmejorada en esto y que si bien Deyda no perteneció nunca a un pacto colectivo, la demandada en su mala práctica había creado uno, aunque no con tal denominación si realizaba una práctica antisindical.

Por su parte, la apoderada de la demandada al sustentar el recurso de alzada y en las demás argumentaciones mencionó que el análisis probatorio era desacertado y no conducía a ninguna condena, pues aunque se indicó que no podían recibirse simultáneamente beneficios del Pacto Colectivo de Trabajo y de la Convención Colectiva de Trabajo, no se entendía de donde resultaban las diferencias, siendo que existía una imputabilidad que se había pactado hacía 7 años atrás, en virtud de la cual los conceptos extralegales que se convirtieron en salario se dejarían de reconocer una vez se entrara a ser parte de la CCT, por lo que se debió efectuar un análisis integral de toda la situación y de los 2 textos y no solo del salario base, pues el hecho de ingresar a la CCT no

representaba una desmejora solo que no podía beneficiarse de ambos textos

Igualmente, destacó que no hubo una trasgresión al derecho a la igualdad, pues lo que se buscó con las actas y/o acuerdos de imputabilidad era lograr un equilibrio e igualdad entre todos los trabajadores, trayendo a colación precedente horizontal sobre el particular, en el que se refirió que los incentivos concedidos lejos de desincentivar afiliación tenían como objeto igualdad entre trabajadores, concluyendo así que la modificación del salario, obedeció a los términos pactados del acuerdo de imputabilidad, el que se respetó conforme al artículo 128 del C.S.T. y que ante la afiliación al sindicatos estos conceptos no eran constitutivos de salario.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba viable ordenar el reajuste salarial deprecado por la demandante desde el 12 de febrero de 2016 hasta el 10 de marzo de 2020, cuando le fue disminuido el salario por haberse afiliado a la organización sindical SINTRAIMAGRA.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 1° de septiembre de 2005, el cual continuaba vigente; ii) que la demandante se encontraba afiliada a Sintraimagra desde el

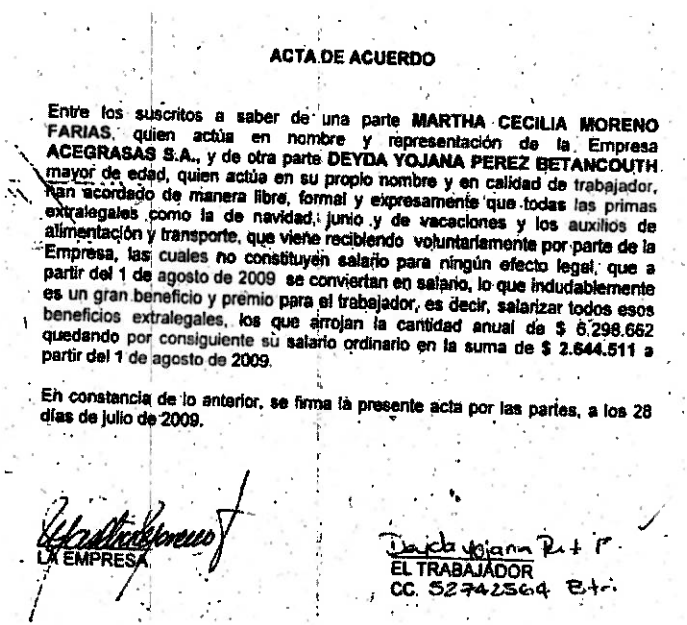
25 de enero de 2016 y iii) que la Convención Colectiva de Trabajo que se aportó vigencia 2016 -2020, cumple con las solemnidades exigidas, ya que se aportó copia auténtica con la respectiva constancia de depósito.

Se advierte que los reparos de las recurrentes giran en torno a la disminución salarial padecida por la demandante luego de su afiliación a SINTRAIMAGRA, pues se alude por la demandada que los mismos conceptos que se pagaban en forma previa a la afiliación de la demandante a la organización sindical, luego se pagaron con la aplicación de la CCT, por lo que no existía una disminución o desmejora, y ello se efectuaba para lograr una igualdad entre los trabajadores, por su parte la apoderada de la parte actora, establece que si era factible ordenar los reajustes por los años 2017, 2018 y 2019, e incluso hasta el 10 de marzo de 2020, dada la comunicación obrante a folios 341 y 342 ya con la comunicación obrante a folio 147 se reconoce que el salario de la demandante fue disminuido desde dicha fecha.

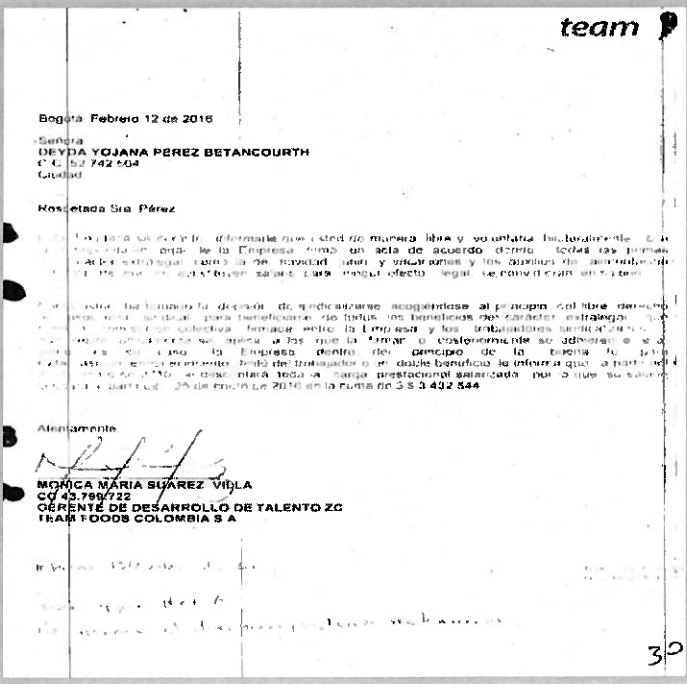
En primer lugar, conviene recordar que la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL3597-2020, indicó lo siguiente: *“(...) la Sala advierte que la utilización de pactos colectivos de trabajo no puede menoscabar los derechos de los trabajadores, ni estar dirigidos a fomentar la desestimulación de la sindicalización o promover la desafiliación de los trabajadores ya sindicalizados, propósito que es evidente cuando los beneficios pactados de forma individual son superiores a las conquistas logradas por vía de la negociación colectiva de trabajo.”*

Continuando con el análisis se advierte que como documentales relevantes fueron allegados al proceso los siguientes documentos:

- Acta de acuerdo, suscrita entre las partes el 28 de julio de 2009 (fl. 202), en los siguientes términos:



- Comunicación del 12 de febrero de 2016 (imputabilidad de los beneficios de la CCT), que establece lo siguiente:



- Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Team Foods Colombia S.A. vs Sintraimagra, para la vigencia 2016 – 2020.

“(…)

Capítulo II Beneficios Económicos

DÉCIMO PRIMERO
AUXILIO DE TRANSPORTE
La Empresa continuará pagando de la misma forma y modo como lo ha venido haciendo, un auxilio de transporte así:
Para el primer año de vigencia a quienes devenguen menos de DOS MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL CUATROCIENTOS TREINTA Y TRES PESOS M/CTE (\$2.089.433)

mensuales; durante el primer año de vigencia se les reconocerá la suma establecida en la ley más CUATRO MIL NOVECIENTOS SETENTA Y SIETE PESOS M/CTE (\$4.927) mensuales.

Para el segundo año de vigencia a quienes devenguen menos de la cantidad anterior más el IPC más 1% según el DANE al 31 de Diciembre de 2016, y se les entregará la suma establecida de ley más el monto mensual anterior, incrementado también según IPC del DANE a 31 de Diciembre de 2016 mensuales.

Durante el tercer año de vigencia de la presente Convención tendrán derecho a este auxilio los empleados que devenguen menos de la cantidad anterior más el IPC más 0.75% según el DANE al 31 de Diciembre de 2017 y se les entregará la suma establecida de ley más el monto mensual anterior, incrementado también según el IPC según el DANE al 31 de Diciembre de 2017 mensuales.

Durante el cuarto año de vigencia de la presente Convención tendrán derecho a este auxilio los empleados que devenguen menos de la cantidad anterior más el IPC más 0.50% según el DANE al 31 de Diciembre de 2018 y se les entregará la suma establecida de ley más el monto mensual anterior, incrementado también según el IPC según el DANE al 31 de Diciembre de 2018 mensuales.

El auxilio de transporte se le garantizará a todos los trabajadores sindicalizados que estén al momento de la firma durante la vigencia de la convención.

PARÁGRAFO. Para el personal que contrate la Empresa a partir del 24 de Septiembre de 2003, el auxilio extralegal de transporte no constituirá salario para ningún efecto prestacional, de conformidad con el artículo 15 de la ley 50 de 1990.

DÉCIMO SEGUNDO
AUXILIO DE ALIMENTACIÓN
La empresa continuará reconociendo el Auxilio de Alimentación durante la Vigencia de la Convención así:
1. Durante la vigencia de la Convención, la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$4.927) por turno o proporcional por extensión del turno, no inferior a media jornada, a cada uno de los trabajadores que laboren en el turno de 10:00 P. M. a 06:00 A. M. y asistan a su respectivo trabajo. Para el segundo, tercero y cuarto año de esta convención vigente se incrementará dicha suma con el IPC anualizado de cada año respectivamente.
2. Para los trabajadores que laboren en el turno de 08:00 A.M. a 5:30 P. M. y asistan a su respectivo trabajo, la suma de CUATRO MIL NOVECIENTOS VEINTISIETE PESOS M/CTE (\$4.927) por jornada completa de trabajo. Para el segundo, tercero y cuarto año de esta convención vigente se incrementará el IPC anualizado de cada año respectivamente.

3. Durante la vigencia de la Convención, la suma de DOS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS M/OTE. (\$2.634) por turno o proporcional por extensión del turno, no inferior a media jornada, a cada uno de los trabajadores que laboren en los demás turnos establecidos y que asistan a su respectivo trabajo. Para el segundo, tercero y cuarto año de esta convención vigente se incrementará el IPC anualizado de cada año respectivamente.

PARAGRAFO. Las partes acuerdan que la alimentación suministrada por la empresa, no constituye salario para ningún efecto prestacional, de conformidad con el artículo 15 de la ley 50 de 1990.

CAPITULO III
PRIMAS EXTRALEGALES
DÉCIMO TERCERO

Las partes acuerdan que a partir del 1 de Enero del 2004, la prima semestral establecida en el capítulo III, artículo 13, será trasladada a las primas de navidad y vacaciones respectivamente, de tal forma que estas primas quedarán así. La prima de navidad pasará de 31 a 40 días de salario básico y la prima de vacaciones pasará de 26 a 33 días de salario básico.

DÉCIMO CUARTO:
PRIMA DE NAVIDAD

La Empresa pagará a cada uno de sus trabajadores una prima extralegal equivalente a CUARENTA (40) días de salario básico, que se cancelará en los primeros quince (15) días del mes de Diciembre de cada año, conjuntamente con la prima de servicios.

DÉCIMO QUINTO
PRIMA DE VACACIONES

La Empresa pagará a cada uno de sus trabajadores una prima de vacaciones equivalente a TREINTA Y TRES (33) días de salario básico por año de servicios, la que se cancelará a cada trabajador cuando salga a disfrutar de sus vacaciones o cuando éstas sean pagadas en dinero.

PARAGRAFO. En el evento de que hacia futuro por disposición gubernamental o del estado se regule el número de días en las primas extralegales de Navidad y Vacaciones, en un número inferior a los aquí pactados, es decir 40 y 33 días respectivamente, la compañía respetará y pagará lo pactado en la Convención Colectiva

DÉCIMO SEXTO
PRIMA DE ANTIGÜEDAD

La empresa pagará a cada uno de sus trabajadores una prima de antigüedad a quienes cumplan años de servicios a partir del 15 de enero de 2016, así:

1. A los cinco (5) años de servicio continuos la suma de \$ \$ 261.572 pesos por una sola vez.
2. A los diez (10) años de servicio continuos la suma de \$ \$ 331.076 pesos por una sola vez.
3. A los quince (15) años de servicio continuos la suma de \$ \$ 401.057 pesos por una sola vez.
4. A los dieciocho (18) años de servicio continuos la suma de \$ \$ 452.691 pesos por una sola vez.
5. A los veinte (20) años de servicio continuos la suma de \$ 622.166 pesos por una sola vez.
6. A los veintitrés (23) años de servicio continuos la suma de \$ \$ 591.684 pesos por una sola vez.
7. A los veinticinco (25) años de servicio continuos la suma de \$ \$ 748.508 pesos por una sola vez.
8. A los veintinueve (29) años de servicio continuos la suma de \$ 868.613 pesos por una sola vez.

vez.

9. A los treinta y uno (31) años de servicio continuos la suma de \$ 893.444 pesos por una sola vez.

10. A los treinta y cinco (35) años de servicio continuos la suma de \$ 1.032.429 pesos por una sola vez.

La prima de antigüedad se pagará para el segundo año a quienes cumplan los años de antigüedad a partir del quince (15) de enero de 2017, en la cuantía indicada en los numerales anteriores más el IPC según el DANE al 31 de Diciembre de 2016, para el tercer año de vigencia a quienes cumplan los años de antigüedad a partir del quince (15) de enero de 2018, en la cuantía indicada en los numerales anteriores más el IPC según el DANE al 31 de Diciembre de 2017 y para el cuarto año de vigencia a quienes cumplan años a partir del quince (15) de enero de 2019, en la cuantía indicada en los numerales anteriores más el IPC según el DANE al 31 de Diciembre de 2018.

DÉCIMO SEPTIMO

VACACIONES EXTRAS

Tomando en cuenta la antigüedad, la empresa concederá días extras de vacaciones a cada uno de sus trabajadores que cumplan los siguientes años de servicios, para cada año de vigencia de esta convención colectiva, así:

ANOS DE SERVICIO	VACACIONES
10 A 14	3 DIAS HÁBILES
15 A 19	5 DIAS HÁBILES
20 A 24	7 DIAS HÁBILES
25 A 29	8 DIAS HÁBILES
30 A 35	11 DIAS HÁBILES

Estas vacaciones extras se otorgarán y liquidarán conforme a la Ley.

(...)"

De tales documentos lo primero que habría que señalar es que conforme al acta de acuerdo, a la demandante se le venían reconociendo primas extralegales de navidad, junio y vacaciones, así como auxilios de transporte y alimentación por lo menos desde el año 2009 y que tales a tales beneficios se les dio la connotación de salario a partir del 1° de agosto de 2009, así mismo, de la respuesta a la petición presentada por la demandante, visible a folio 35 y ss. de fecha 30 de agosto de 2016, se desprende que se pactó que el valor de tales beneficios se adicionarían al salario básico y así se obtendría un incremento del salario mensual, pues se indicó "(...) Cuando usted suscribió el acta de imputabilidad, acordó de

manera libre, formal y expresamente que a su salario existente en ese momento, se adicionara el valor mensual correspondiente de todas las primas extralegales como de navidad, junio, vacaciones y los auxilios de alimentación y transporte que estaba recibiendo en ese momento en forma voluntaria de la empresa, conceptos no constitutivos de salario, por lo que su salario mensual se incrementó en ese mismo valor quedando en \$2.644.511.”

Igualmente, se encuentra acreditado que a mediados del mes de febrero de 2016, se dispuso por la demandada que la carga prestacional salarizada, se le descontaría, a efectos de no recibir un doble beneficio pues pasaría a recibir estos beneficios a través de la CCT, sin embargo, verificada la CCT, no se advierte que las primas extralegales de navidad y vacaciones, así como los auxilios de transporte y alimentación fueran contemplados como factor salarial.

Lo anterior resulta relevante, en tanto que cuando la trabajadora no estaba sindicalizada por virtud del acuerdo suscrito y se contemplaba el pago de los beneficios mencionados como salario, tal situación acarreaba no solo un ingreso mensual superior al que recibían los trabajadores sindicalizados y por tanto una mayor liquidez en los mismos, sino también una incidencia en la carga prestacional, lo que deviene en un aumento general de los ingresos que recibe el trabajador, de suerte que aunque se evidencia que los beneficios aludidos se pagarían por cuenta de la CCT, no puede perderse de vista que cuando se contemplaban como salarizados comportaban un beneficio superior a los logros

obtenidos por la negociación colectiva, situación que conduce a un accionar encaminado a menoscabar los derechos laborales colectivos, en los términos de la sentencia citada.

Ahora bien, se advierte que por la vulneración de tales derechos se reclama por la actora se proceda con el reajuste salarial, para ello resulta pertinente precisar que el artículo 476 del C.S.T contempla *“Los trabajadores obligados por una convención colectiva tienen acción para exigir su cumplimiento o el pago de daños y perjuicios, siempre que el incumplimiento les ocasione un perjuicio individual. (...)”*, de lo que se colige que la legislación laboral si contempla la posibilidad de la reparación de daños o perjuicios sobre el particular.

Así las cosas y dado que no fue objeto de controversia, la determinación efectuada por el despacho respecto de los salarios causados y no pagados correspondiente para los meses febrero y abril de 2016 y febrero del año 2017, siendo que la demandada edificó su apelación en la inexistencia de la disminución y/o desmejora salarial por las razones ya mencionadas, mientras que la demandante refiere que la desmejoras no ordenadas del año 2017 y en adelante si estaban acreditadas, se procederá a analizar si era viable determinar las mismas.

Al respecto, conviene mencionar que en el proceso obran los siguientes comprobantes de nómina: i) segunda quincena del mes enero de 2016 (fl. 80); ii) febrero de 2016 (fl. 354); iii) primera quincena del mes de abril de 2016 (fl. 79) y iv) febrero de 2017 (fl. 356). También se allegó certificación expedida por

la demandada el 12 de marzo de 2020, en el que se efectuó un cuadro comparativo de los ingresos laborales de la demandante como trabajadora sindicalizada y no sindicalizada, sobre tales documentos, debe señalarse que cuando se trata de reajustes es necesario conocer como mínimo el valor del salario recibido y el valor del salario frente al que se depreca el reajuste. Sobre el particular, debe señalarse que resultaba necesario acreditar el valor del salario pagado y el valor de los conceptos recibidos que antes eran salarizados, a efectos de poder determinar la existencia de diferencias y por tanto ordenar su pago, aspecto que también se predica respecto de las prestaciones sociales, siendo que al proceso solo se allegó el comprobante de pago de las cesantías pagadas en 2017.

En este punto, resulta pertinente mencionar que la constancia expedida por la demandada en la que se hace el comparativo entre el cargo de la demandante sindicalizada y no sindicalizada, si bien data del 12 de marzo de 2020, de su contenido no es posible establecer cuál es la anualidad estudiada, pues al inicio de tal certificación se indicó *“(...) Que se ha procedido a verificar por parte de la compañía, la información presentada en el proceso laboral No. 2017 – 00118 de la Sra. Deyda Pérez, según cuadro presentado por la parte demandante el día 10 de marzo de 2020, y en el cual es pertinente aclarar: (...)”*.

Ahora bien, se alude que debió efectuarse una condena extra petita en lo relacionado con los aportes al SGSS en pensión, dado que era evidente esta afectación, sin embargo,

al expediente no se allegó un solo comprobante o planilla de los aportes a pensión de la demandante a efectos de establecer el valor sobre el que se hicieron los aportes y dado que la demandada tampoco allegó documentales en este sentido, no era posible efectuar una condena, pues debía demostrarse de un lado el valor por el que se cotizó y de otro el valor real por el que habría que haberse cotizado.

Bajo las anteriores consideraciones, se procederá a conformar la decisión de primera instancia.

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:

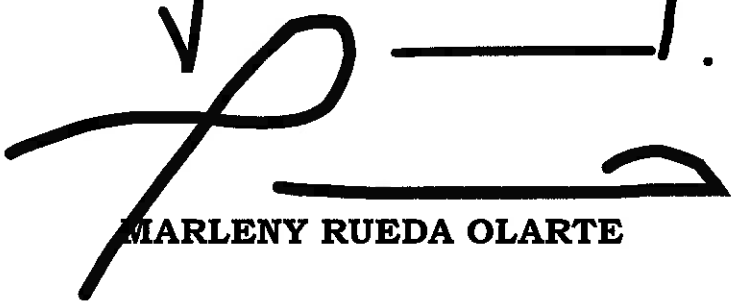
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de octubre de 2020, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

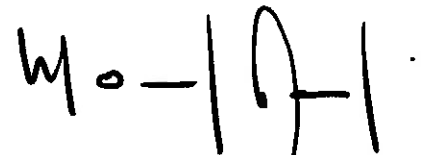
SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de la demandada. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$400.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,

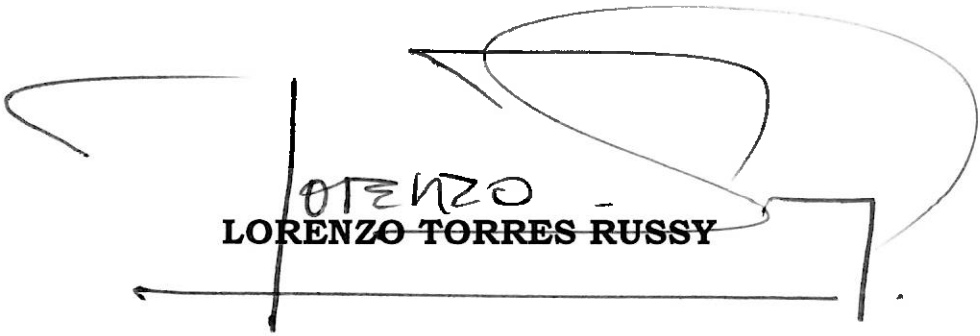

LORENZO TORRES RUSSY


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 JULIA PATRICIA
MARTÍNEZ BARRERA CONTRA SOLUCIONES
EMPRESARIALES 360 S.A.S.**

RADICADO: 11001 3105 037 2018 00412 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 26 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existió una relación laboral entre el 4 de enero de 1999 y el 22 de enero de 2018, que se encontraba en tratamiento médico por diagnósticos lumbares y oculares y pese a ello fue despedida por la demandada en forma unilateral e injusta, en consecuencia, se condenara a la demandada a su reintegro definitivo, se declarara la no solución de continuidad del contrato al no producir efectos jurídicos el despido considerando la falta de autorización del ministerio del trabajo y al reconocimiento de la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que durante la relación laboral a padecido diversas afecciones relacionadas con temas lumbares y oculares, los cuales datan desde el 17 de octubre de 2003; que estando en tratamiento médico el 22 de enero de 2018, recibió comunicación informándole la terminación del contrato de trabajo sin justa causa a partir de ese mismo día; que se encuentra en situación de vulnerabilidad afectando el mínimo vital pues dado su estado no puede reincorporarse con facilidad al mercado laboral; ante tal situación presentó acción de tutela, la cual fue conocida en primera instancia por el Juzgado 31 penal Municipal de Conocimiento de Bogotá, quien en sentencia del 21 de febrero de 2018, tuteló transitoriamente el derecho a la estabilidad laboral reforzada y ordenó su reintegro, el cual fue confirmado en segunda

instancia por el Juzgado 19 Penal del Circuito con función de Conocimiento, en sentencia del 2 de mayo de 2018.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y refiriendo que no le constaban otro tanto. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la terminación del contrato de trabajo se dio sin justa causa, con base en la facultad establecida en el artículo 64 del CST, previo el pago de la indemnización, así como, que la decisión de terminación nada tuvo que ver con el supuesto estado de salud de la demandante, ya que para la fecha en que finalizó la relación laboral, la actora no se encontraba incapacitada, con recomendaciones o restricciones médicas, tampoco con una orden de reubicación y menos con una calificación de PCL emanada de alguna de las entidades del SGSS, lo que descartaba que fuera una persona en estado de limitación.

Adicionalmente, frente a las situaciones de salud, mencionadas por la demandante, se refirieron desconocer porque no fueron informadas y además por hacer parte de la historia clínica que tenía reserva, resaltando que la actora nunca presentó recomendaciones o restricciones por los hechos mencionados y que las únicas incapacidades presentadas por la demandante, fueron las expedidas con las siguientes fechas de inicio: 23/02/2018 “M545” por 3 días; 03/03/2018 “lumbago agudo” por 3 días; 12/03/2018 “M511” por 5 días; 9/11/2017 “H-169” por 6 días;

23/11/2017 “H-168” por 2 días; 27/11/2017 “H-183” por 3 días y 26/12/2017 “S934” por 7 días. Propuso las excepciones de mérito que denominó cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, pago, prescripción y compensación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 26 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: Se ordena el reintegro en forma definitiva de la demandante señora JULIA PATRICIA MARTÍNEZ BARRERA, en la empresa SOLUCIONES EMPRESARIALES 360 SAS a un cargo acorde a las restricciones físicas y recomendaciones para elaborar, conforme a la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: Se declara la no solución de continuidad del contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 4 de enero de 1999 que une a las partes según la argumentación expuesta en la parte motiva de la sentencia.

TERCERO: Se declara probada la excepción de pago frente a la indemnización establecida en el artículo 26 de la ley 361 de 1997.

CUARTO: Absolver a la demanda de las demás pretensiones incoadas en su contra.

QUINTO: Costas a cargo de la demandada, para tal efecto finge ser la suma equivalente a 1 SMMLV.

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado determinó que atendiendo lo expuesto en el artículo 26 de la ley 361 de 1997 y acogiendo el criterio expuesto por la corte constitucional en la sentencia su 049-2017 así como lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 360-2018, respecto a la existencia de una causa objetiva, luego de valorar las pruebas concluyó que no se podía desconocer el estado de salud presentado por la actora como quiera que a la misma le fueron suministrados elementos para que pudiera prestar efectivamente el servicio, según señaló en el interrogatorio de parte (silla ergonómica, lentes, pantalla),

siendo que con el dictamen practicado a la actora se estableció una pérdida de capacidad laboral del 37,38% resaltando por la perito qué se trataba de enfermedades degenerativas que estaban presentes para la fecha de terminación del contrato, razón por la que su afectación calificaba como sujeto de especial protección, a continuación pasó a analizar si se desvirtuó la presunción por haberse configurado causal objetiva, no obstante, el contrato fue terminado sin justa causa con el pago de la indemnización y las razones aducidas relacionadas con reestructuración resultaban extemporáneas, ordenando así el reintegro.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada sustentó su apelación y demás argumentaciones en que debía revocarse la totalidad de la sentencia, en tanto que para el momento del despido, la demandante no se encontraba en estado de incapacidad, ya que acorde a la posición de la Corte Suprema de justicia, se debía tener un porcentaje superior al 15%, así mismo mencionó que dentro de las confesiones realizadas por la demandante está indicó que para el momento de la terminación no estaba en estado de incapacidad o con restricciones médicas que le impidieran el desarrollo de sus funciones.

También señaló que lo manifestado por la perito no resultaba procedente por cuánto la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral que se determinó en el dictamen era posterior a la terminación del contrato y por

tanto no procedía ordenarse un reintegro conforme a ello, siendo que se requería que el dictamen fuera emitido en vigencia de la relación laboral conforme se mencionó en sentencia SL1866-2020 y en este caso el mismo había sido ordenado de manera oficiosa y que debía tenerse en cuenta que aunque la terminación del contrato se dio sin justa causa está se desarrolló dentro del proceso en el que ocurrieron terminaciones similares lo que conducía establecer que si había una causa objetiva.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A 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 resultaba procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre las partes existió un contrato de trabajo durante el periodo comprendido entre el 4 de enero de 1999 y el 22 de enero de 2018; ii) que en virtud de fallos de tutela, expedidos por los juzgados 31 penal Municipal de Conocimiento de Bogotá y Juzgado 19 Penal del Circuito con función de Conocimiento, se ordenó el reintegro transitorio de la demandante; iii) que la demandante fue reintegrada a la demandada a partir del 27 de febrero de 2018 y iv) que a la demandante le fue cancelada la indemnización

de 180 días de salario contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

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:

“(…)

Por lo tanto, se puede concluir que, para que la acción afirmativa tenga efecto,

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. 20. 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 constata la configuración de la existencia de una justa causa para el despido o terminación del respectivo contrato.”

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 laboral reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una afectación de salud relevante, lo que implica que se pruebe una limitación física que acarree una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conozca el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se termine 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, lo primero que debe analizarse es si se encuentra probada la limitación física de la actora, debiéndose

señalar sobre el particular que del caudal probatorio allegado, se evidencia que aunque en efecto se allegaron diversas documentales tales como exámenes médicos, reportes de historia clínica, autorización de procedimientos, incapacidades médicas, por diversos diagnósticos, los principales estaba relacionados con el sistema osteomuscular y ojos.

En lo relacionado con las afecciones en la columna y lumbares, se allegan documentos que dan cuenta de exámenes realizados en el año 2003, 2006, 2009, 2012 y posteriormente a la terminación del contrato, se aprecian nuevas consultas y órdenes de procedimientos debiéndose resaltar de la historia clínica obrante a folio 23, expedida por el Dr. Fabian Herrera Espinosa, el 18 de abril de 2018, lo siguiente:

*"MOTIVO DE LA CONSULTA:
DOLOR LUMBAR DE DOS MESES DE EVOLUCIÓN DE INICIO ESPONTÁNEO Y PROGRESIVO, ANTECEDENTE DE DOLOR LUMBAR Y DISCOPATÍA HACE 4 AÑOS EN LA ACTUALIDAD SU DOLOR ES INTERMITENTE TIPO PUNZADA IRRADIADO AL MIEMBRO INFERIOR IZQUIERDO QUE CALIFICA COMO INTENSIDAD DE 6/10 EN LA E.V.A. , SE ACOMPAÑA DE DISESTESIAS DE MMII, HA ESTADO EN TRATAMIENTO DE AINES QUE LE CAUSAN ALIVIO, SE LE TOMÓ UNA RESONANCIA MAGNÉTICA DE COLUMNA LUMBAR QUE MUESTRA DISCOPATÍA L3-4 CON PROTRUSIÓN DERECHA Y HERNIA DISCAL L5-S1 IZQUIERDA."*

Respecto a las afecciones en los ojos, los documentos allegados dan cuenta que la actora acudió a diversas consultas entre el 7 de julio de 2017 y el 11 de diciembre de 2017, por diagnósticos relacionados con H162 "Queratoconjuntivitis", H442 "Miopía Degenerativa" y H168 "Otras queratitis" y que se le expidieron por conceptos relacionados las siguientes incapacidades: 1) 01/08/2017; 2)

4/08/2017 (5 días); 3) 8/08/2017 (4 días); 4) 14/08/2017 (3 días); 5) 23/11/2017 (2 días) y 6) 27/11/2017 (3 días).

De los anteriores documentos, puede colegirse que para la fecha de terminación del contrato (22 de enero de 2018), la demandante estaba presentando una afección principalmente relacionada con sus ojos, no obstante, no puede pasarse por alto que la historia clínica allegada no da cuenta de haberse puesto en conocimiento del empleador pues no cuenta con ninguna firma de recibido, hecho que tampoco fue aceptado por la demandada pues desde la contestación de la demanda negó enfáticamente haberla conocido y siendo que la misma constituye un documento reservado conforme lo señala expresamente el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, emerge con claridad que la demandada no tenía como conocer dicha información salvo que la trabajadora se la hubiese puesto en conocimiento.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que las incapacidades que la demandada reconoció le fueron presentadas por la demandante, no tenían la capacidad por sí solas de generar una consideración de salud especial, dada su cantidad (4), duración y diagnósticos, pudiendo considerarse como un episodio aislado, lo cual aunado al reconocimiento realizado por la misma actora en su interrogatorio de parte, respecto a que para el momento de la terminación del contrato no estaba en estado de incapacidad y que pese a sus dolencias siempre cumplió con sus labores, tales situaciones impedían establecer una condición de salud bajo la magnitud considerada por nuestro órgano de cierre.

Adicionalmente, debe tenerse presente que aunque el a quo tuvo en cuenta lo señalado por la demandante en su interrogatorio, relacionado con la expedición de recomendaciones al señalar que ello podía colegirse con las incapacidades médicas allegadas y por haberse dado recomendaciones tales como no usar lentes de contacto por más de 8 horas y utilizar con frecuencia lubricante, debe tenerse en cuenta que las incapacidades que podían tenerse en cuenta fueron las que la demandada reconoció dado que ninguna de las allegadas por la parte actora contaba con recibido de la pasiva y tampoco se allegaron recomendaciones laborales de ningún tipo, pues lo que se aduce como recomendación corresponde a una observación general realizada en consulta del 24 de enero de 2018 (fl. 37).

Por otra parte y frente al dictamen expedido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, obrante a folios 222 - 231, se advierte que en el mismo se determinó que la demandante contaba con una PCL del 37,42% con fecha de estructuración del 10 de marzo de 2019, es decir, con posterioridad a la terminación del contrato, aspecto que resulta relevante, pues solo hasta allí resultaría evidenciada una PCL superior al 15%.

Ahora bien y si bien de las consideraciones expuestas por la testigo Carlota Rosas (Medica especialista en salud ocupacional, quien se desempeña en la sala 2 de la JNCI como medica principal y generó calificación a la demandante), se desprende que a la terminación del contrato de la demandante

la misma presentaría una situación de salud parecida al momento en que fue calificada, no es menos cierto que la misma señaló que no le era factible determinar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral con que contaba para esa fecha, sin que pudiera pasarse por alto que en su declaración también aludió que las condiciones que presentaba la demandante podían tener episodios de agudización y de normalidad e incluso refirió que para la fecha de la valoración física la actora se encontraba en condiciones favorables.

Lo anterior, conduce a considerar la dificultad que podía existir para establecer que la demandante poseía una situación importante de salud, siendo que aunque la testigo mencionada adujo que la demandante presentaba una condición degenerativa en los discos intervertebrales, lo cierto es que la historia clínica allegada daba cuenta que el dolor lumbar y discopatía estuvo controlado y presentó un nuevo episodio con posterioridad a la terminación del contrato.

En ese orden de ideas, y dado que para poder determinar que el despido era discriminatorio en razón a la condición de salud, se tiene que no sólo debía estar acreditada una afectación en la salud relevante que impidiera la realización de las funciones que le habían asignado, sino también que el empleador conociera dicha condición, aspectos que no fueron acreditados, por lo que no podía activarse la protección solicitada, por lo que se procederá a revocar la decisión y a absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Costas en ambas instancias 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 26 de mayo de 2021, para en su lugar absolver a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de la demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000 y en primera instancia la suma de \$400.000.

Esta decisión se notificará por edicto.

Los Magistrados,


LORENZO TORRES RUSSY



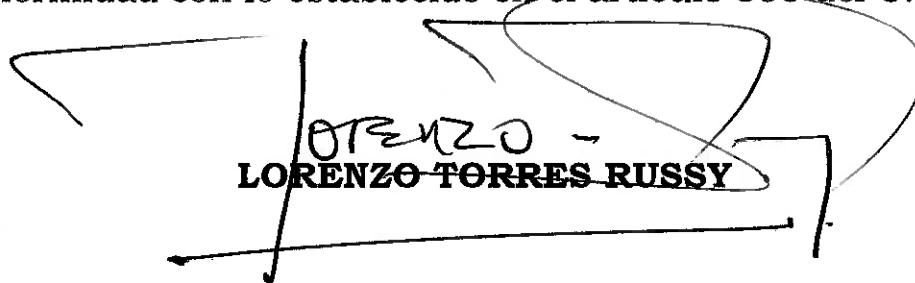
MARLENY RUEDA OLARTE



MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

AUTO

El magistrado sustanciador fija en esta instancia las agencias en derecho por valor de \$200.000 y en primera instancia la suma 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 MARIA TILCIA MORENO VARGAS contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS COLFONDOS S.A.

RADICADO: 110013105 037 2019 00868 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 7 de diciembre de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, encontrándose en la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada, así como también que el traslado que realizó ante la AFP goza de plena validez y no puede la actora utilizar su propia culpa para beneficio propio.

I. ANTECEDENTES

La señora María Tilcia Moreno Vargas, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Colfondos S.A., el 10 de septiembre de 1996 y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustento sus pretensiones, en que nació el 27 de marzo de 1964; que estuvo afiliada al Instituto de los Seguros Sociales desde el 17 de enero de 1983 hasta el 31 de agosto 1996; que se trasladó a Colfondos Pensiones y Cesantías mediante formulario de afiliación de fecha 10 de septiembre de 1996; sin que el asesor de dicho fondo privado la suministrara la información necesaria para tomar un decisión.

Como fundamento normativo, citó los artículos 20, 48 y 53 de la Constitución Política; los artículos 13,271 y 272 de la Ley 100 de 1993, los artículos 97 y 98 del Decreto 663 de 1993, el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, los artículos 10 y 12 del Decreto 720 de 1994, el artículo 3 del Decreto 1161 de 1994 y lo Circular Externa 001 de 2004 de la Superintendencia Bancaria.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante se trasladó de régimen pensional, con pleno conocimiento, sin que concurrieran causales de nulidad que invalidaran el acto jurídico celebrado, tampoco se allegó al plenario prueba alguna que permita establecer la existencia de vicios o causales de ineficacia. Propuso entre otras las excepciones de error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica.

COLFONDOS S.A, dio contestación a la demanda, mediante la cual se allanó a la prosperidad de las pretensiones que involucren a la AFP.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 7 de diciembre de 2021, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO:DECLARAR LA INEFICACIA DELACTO JURIDICO DE TRASLADO que efectuó la demandante, señora MARIA TILCIA MORENO VARGAS, del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida al Régimen del Ahorro Individual con Solidaridad administrado por COLFONDOS, que tuvo como fecha de suscripción el 10 de septiembre de 1996, por las razones expuestas en la parte motiva, y en consecuencia, establecer que la afiliación válida de la demandante corresponde al régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS a transferir a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con bonos pensionales, rendimientos financieros, e igualmente costos cobrados por administración, de conformidad con la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: Sin costas en esta instancia.

QUINTO: Se ordena remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la decisión.”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL1452, SL 1688, SL1689 de 2019 que establecen que existe desde la Ley 100 de 1993 se encuentra la obligación del deber de información, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que las demandadas no desconocen la existencia del deber de información desde el año 1993, sin embargo dicho deber se intensifica con la Ley 1321 de 2009, sin que se pueda desconocer las obligaciones que tiene

el afiliado con la administradora de pensiones que elija tal y como lo señala el artículo 4 del Decreto 2241 de 2010; señaló que en el interrogatorio de parte se establece que le explicaron a la demandante ciertas características del RAIS que permiten deducir que se tenía conocimiento del funcionamiento de dicho régimen, por lo que no resulta procedente la ineficacia de traslado de régimen ya que se afectaría el principio de sostenibilidad financiera 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 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 en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Colfondos S.A., el 10 de septiembre de 1996.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en su lugar de trabajo un asesor de Colfondos S.A., que le indicó que el Instituto del Seguro Social se iba acabar y que la mejor opción era trasladarse en virtud de que en caso de no cumplir con los requisitos se podría realizar la devolución de dichos dineros, así como también en caso de fallecer sus hijos serían los beneficiarios; por lo anterior decidió trasladarse a dicho fondo privado.

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.

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 Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 7 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

PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR MARTHA LUCÍA VELÁSQUEZ HERNÁNDEZ contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.

RADICADO: 110013105 037 2020 00479 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio 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 demandada Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 1 de marzo de 2022.

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

COLPENSIONES., manifestó que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de traslado establecida en la Ley 797 de 2003, encontrándose en la imposibilidad de trasladarse de régimen, según la normativa citada, así como también que el traslado que realizó ante la AFP goza de plena validez y no puede la actora utilizar su propia culpa para beneficio propio.

La parte demandante, manifestó que la carga de la prueba frente al adecuado asesoramiento está en cabeza de las AFP y como se evidencia

dentro del curso procesal no existió por parte de la AFP prueba documental la cual demostrara el suministro de esta información. También que la información proporcionada sea completa, adecuada y suficientemente entendible y comprensible situación que la AFP nunca brindó ni ha brindado.

I. ANTECEDENTES

La señora Martha Lucia Velásquez Hernández, pretende se declare la nulidad o ineficacia de la afiliación que realizó a Protección S.A. y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a la AFP, trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones-Colpensiones cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos, intereses y rendimientos causados.

Sustento sus pretensiones, en que estuvo vinculada legalmente en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, luego suscribe vinculación con el RAIS en la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A, que un asesor de Protección S.A le indicó que al trasladarse no perdía los beneficios pensionales del Régimen de Prima Media

Como fundamento normativo, citó el preámbulo, los artículos 2, 5, 6, 13, 23, 29, 53 y 209 de la Constitución Política; los artículos 11, 12 y 271 de la Ley 100 de 1993, el Decreto 3486 de 1982, Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, Ley 1328 de 2009 y la Ley 1480 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÒN S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que la parte demandante se trasladó de régimen pensional, de manera libre y espontánea, que es 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 en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación

por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, innominada o genérica.

COLPENSIONES, dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo que el traslado de régimen pensional del demandante se realizó con plena voluntad del cotizante, quien por voluntad propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a la AFP Protección S.A. Propuso entre otras las excepciones de aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373 del 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe, innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 1 de marzo de 2022, el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA DEL ACTO JURIDICO DEL TRASLADO entre regímenes pensionales que efectuó la demandante señora MARTHA LUCIA VELASQUEZ HERNANDEZ del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por la AFP DAVIVIR S.A., que tuvo como fecha de suscripción el día 02 de agosto de 1999, en consecuencia, declaro válida su afiliación en el régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PROTECCION S.A., a transferir con destino a COLPENSIONES, todos los valores contenidos en su cuenta de ahorro individual junto con el reconocimiento de rendimientos financieros, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

TERCERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

QUINTO: ORDENO remitir el presente proceso a la Honorable Sala Laboral del Tribunal Superior de este Distrito Judicial, para que se surta el estudio de la decisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES”

Como fundamento de la decisión, el juez argumentó, que de conformidad con la línea jurisprudencial consolidada de la Corte Suprema de Justicia en sentencias tales como SL1452, SL 1688, SL1689 de 2019 que establecen

que existe desde la Ley 100 de 1993 se encuentra la obligación del deber de información, toda vez que solo puede entenderse que se toma una decisión libre y voluntaria cuando de forma precedente fue debidamente informado de las condiciones de su decisión, información por parte de las AFP que deben ilustrar acerca de las características, condiciones, accesos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, sin que sea el formulario de afiliación prueba suficiente del cumplimiento del deber de información.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de COLPENSIONES., interpuso recurso de apelación al considerar que en sí se le brindó la información debida y la explicación del destino de sus aportes, que las ventajas y desventajas de cada régimen pensional están consignadas en la Ley 100 de 1993 norma que por ser de alcance nacional impone su conocimiento a todos los ciudadanos y afiliados al régimen de pensión, por otro lado señaló su inconformidad de recibir los aportes de la demandante por cuanto no fue la causante del traslado de régimen ni incentivó a la demandante a que se desafiliara del Instituto de Seguros Sociales, también menciona que debe tenerse en cuenta el principio de sostenibilidad financiera en concordancia con lo anteriormente expuesto contemplado en el artículo 48 de la Constitución Política adicionado por el artículo primero del Acto Legislativo 01 de 2005 que impacta en la reserva del sistema pensional.

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 en el expediente se evidencia formulario de vinculación a Davivir S.A, hoy Protección S.A., el 2 de agosto de 1999.

Del interrogatorio de parte absuelto por la actora, señaló que en el año 1999 laboraba en la Notaria 18 de Bogotá, llegaron asesores de la AFP para solicitar hablar con el notario y se les permitiera una reunión con todo el personal y después una reunión individual con cada empleado, menciona que en la primera sesión ella no aceptó, volvieron a insistir y le dijeron que el Seguro Social se iba a acabar, que se podía pensionar más rápido y con mejores beneficios, ella aceptó.

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.

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."

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.

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: ADICIONAR EL NUMERAL SEGUNDO DE LA SENTENCIA proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.,

de fecha el 1 de marzo de 2022, para incluir dentro de la devolución de capital los gastos de administración descontados al afiliado.

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

TERCERO: 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 CATALINA LEONOR PERALTA CACERES contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Y SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES CESANTIAS PORVENIR S.A., Y PROTECCION S.A.

RADICADO: 110013105 039 2019 00721 01

Bogotá D. C., treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente se reconoce a la Dra. JENNIFER XIMENA LUGO ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 36.311.956 y tarjeta profesional No. 283.299 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada 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 recurso de apelación presentado por la parte demandante, contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 24 de junio de 2021.

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

COLPENSIONES., manifestó que dentro del expediente no obra prueba alguna que demuestre que este en presencia de un vicio de consentimiento

consagrado en el artículo 1740 del Código Civil (error, fuerza o dolo), encontrándose 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 demandante y la AFP, por no tratarse de un error dirimente o error nulidad, que es aquel que, por esencia, afecta la validez del acto y lo condena a su anulación o rescisión judicial.

El apoderado de Protección S.A., solicitó se confirme la sentencia emitida en primera instancia, al considerar que no existe traslado de régimen pensional por la demandante, estando ante una afiliación de libre escogencia de régimen pensional hacia el régimen de ahorro individual con solidaridad, el cual 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.

El apoderado de la parte demandante, solicitó se revoque en su integridad la sentencia de primera instancia al considerar que se partió de una errada y aislada interpretación de la exposición fáctica al no reconocer en su integridad el precedente jurisprudencial de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en escenarios similares al presente caso, se ha pronunciado reiterando a la “libertad informada” como categoría principal, para determinar si una afiliación o tránsito entre los Regímenes de Seguridad Social adolece de ineficacia. Así pues, cuando el Juez advierta una inoportuna o insuficiente asesoría sobre los puntos del tránsito de régimen, estos serán suficientes indicativos para determinar que la decisión no estuvo precedida de la comprensión suficiente, y menos del real consentimiento para adoptarla, por lo que, deberá decretar la ineficacia del traslado o afiliación al RAIS.

I. ANTECEDENTES

La demandante, pretende se declare la nulidad o ineficacia del traslado que realizó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y como consecuencia de dicha declaratoria se ordene a Protección S.A y a Porvenir S.A., devolver a Colpensiones todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes

obligatorios y rendimientos de la cuenta de ahorro individual. Sustento sus pretensiones, en que nació el 28 de diciembre de 1963; que el 24 de marzo de 1995 suscribió un formulario de afiliación a Colmena hoy Protección S.A., y posteriormente en el año 2002 a Porvenir S.A., sin que los asesores suministraran la información necesaria para tomar una decisión sobre su régimen pensional; precisó que el 23 de agosto de 2019, le solicitó a Colpensiones que en virtud de la anulación se entendiera que siempre estuvo vinculada al Régimen de Prima Media; respuesta que fue contestada por la entidad de forma negativa.

Como fundamento normativo, citó el artículo 48 y 335 de la Constitución Política, el artículo 59 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 Corte Suprema de Justicia con radicado N° 319899 de 2008, 46292 de 2014, 319899 de 2008, 17595 de 2017, 55013 de 2018 y 68852 de 2019.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLPENSIONES., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, adujo 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 (error, fuerza o dolo), encontrándose que los formularios de afiliación se encuentran sujetos a derecho. 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 de pago de costas 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, precisó que la demandante no aporta elemento de prueba que permita concluir que su voluntad de seleccionar régimen pensional se vio coartada en algún momento del traslado horizontal, cumplió con el deber de información que le era oponible, al realizar una asesoría veraz, clara y oportuna. Propuso las

excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

A su vez PROTECCION S.A., dio contestación a la demanda, mediante la cual se opuso a las pretensiones incoadas en su contra, manifestó que se está frente a un acto existente, valido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo; toda vez que la actora suscribió el formulario de afiliación de forma libre y espontánea, solemnizándose de dicha forma su afiliación. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del sistema general de pensiones, reconocimiento de restituciones mutuas, inexistencia de la obligación y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 24 de junio de 2021, el Juzgado Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá, D.C., resolvió:

“PRIMERO: DENEGAR las pretensiones incoadas por la señora CATALINA LEONOR PERALTA CACERES, teniendo en cuenta las argumentaciones expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR a LA DEMANDANTE al pago de las costas dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$600.000,corresponden \$200.000para cada una de las demandada.

TERCERO: ORDENAR la consulta de la presente sentencia, por resultar adversa a la parte demandante.”

Como fundamento de su decisión, argumentó que con base en el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicado N°31989 de 2008, SL4964 de 201, SL 1452 de 2018, SL 1688 de 2018, SL 881 de 2020, se niegan las pretensiones de la demanda al considerar que el presente asunto no se ajusta al precedente citado; toda vez que se trata de una afiliación inicial al Régimen de Ahorro con Solidaridad en el año 1995; siendo la primera y única afiliación al sistema pensional; señaló que si bien es cierto toda la jurisprudencia ha indicado que el deber de información debe realizarse de forma suficiente y transparente, lo cierto es que dicha transparencia y suficiencia se encuentra limitada cuando se trata de un afiliado inicial a diferencia de una persona que se trasladó del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

IV. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la demandante, interpuso recurso de apelación al considerar en primera medida que la línea jurisprudencial de la Corte Suprema Justicia en todo momento hace referencia a la elección libre y voluntaria de los posibles afiliados a un régimen pensional y que dicha elección debe estar mediada de una información clara, completa y oportuna; precisó que si bien dicha jurisprudencia se ha realizado a través de los traslados entre un régimen a otro; lo cierto es que no conlleva a que no se aplique para las personas que se vinculan inicialmente, toda vez que no debe pasarse por alto uno de los parámetros jurisprudenciales de que los afiliados son personas legas en el presente asunto y al ser la actora una profesora de música que se encontraba en el exterior, no se le puede pedir un mínimo de diligencia.

Por otro lado, indicó que en lo referente a la consideración de que la demandante quedaría desprovista de un régimen pensional con la declaratoria de ineficacia, resaltó que se encuentra en desacuerdo, toda vez que por los mismos efectos de la ineficacia de traslado, al considerarse que nunca se vinculó a un fondo privado se reactiva ese derecho que tiene la afiliada de hacer una elección libre y voluntaria de régimen pensional de conformidad con los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993. En consecuencia, solicitó 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 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 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resulta procedente declarar la inexistencia y nulidad 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.

Sentado lo anterior y una vez revisado el acervo probatorio, en el presente asunto se evidencia que la señora Catalina Leonor Peralta Cáceres se afilió el 24 de marzo de 1995 a Colmena S.A., hoy Protección S.A., y posteriormente el 30 de abril de 2002 a Porvenir S.A; encontrándose que no se está en presencia de un traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al régimen al Régimen de Ahorro Individual sino de un acto de afiliación inicial en el RAIS.

En consecuencia, pese a que de conformidad con la jurisprudencia citada las AFP están obligadas como quedo expuesto con el deber de información que establece el precedente jurisprudencial, esto es que la información fuera clara, cierta, comprensible, oportuna y completa, lo cierto es que no resulta posible acudir a la figura de la ineficacia del traslado tal y como lo señalo el juzgador de primera instancia, ya que nos encontramos con un escenario diferente, porque la actora nunca hizo parte del sistema pensional antes de haberse vinculado al RAIS, situación que encuentra precedente en la sentencia SL4211-2021 de la Corte Suprema de Justicia Sala de Descongestión N°2 .

En relación con la situación aquí planteada, es pertinente traer a colación la sentencia STL3634-2021 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, que señaló lo siguiente:

“Pues bien, analizada la sentencia reprochada advierte la Sala que el sentenciador de segundo grado, indicó que la vinculación del accionante a Colfondos S.A. no obedeció a un traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, pues, en realidad, lo que ocurrió fue un acto de afiliación inicial al referido ente de seguridad social. De ahí, precisó que la jurisprudencia de esta Sala de la Corte ha edificado la teoría de la información documentada exclusivamente en los asuntos donde se pretenda la declaratoria de ineficacia del acto de traslado de régimen pensional del RPMPD al RAIS. En tal sentido, el ad quem adujo que como quiera que la parte actora realizó su afiliación inicial a la citada AFP el 6 de noviembre de 1999, no era posible acceder a las pretensiones de la demanda, pues tampoco acreditó algún perjuicio en su derecho o expectativa pensional. De lo antedicho no se extraen definiciones que contraríen el precedente judicial, toda vez que, en aquellas oportunidades, el problema jurídico se desató respecto al traslado de régimen pensional de personas que tenían la calidad de afiliados al RPMPD y se trasladaron al RAIS, circunstancia que no se evidencia en este asunto pues, se reitera la afiliación inicial al sistema del actor tuvo lugar el 6 de noviembre de 1999. En tal virtud, se advierte que la decisión proferida el 11 de diciembre de 2020 por la Sala Civil – Familia – Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Montería es razonable, en la medida que no es posible endilgarle un desconocimiento del precedente. De modo que en este asunto no se estructura ninguna de las causales que excepcionalmente autorizan la intervención del juez de tutela en la órbita del juez natural, pues este último ejerció adecuadamente su labor de administrar justicia, sin incurrir en errores protuberantes que ameriten la adopción de las medidas urgentes que se solicitaron. Las anteriores consideraciones resultan suficientes para negar el resguardo deprecado.”

Bajo las premisas anteriores, se procederá a 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 Treinta y Nueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 24 de junio 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 MANUEL ALBERTO CAICEDO FAJARDO CONTRA AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. AVIANCA y CLAVE INTEGRAL CTA.

RADICADO: 11001 3105 038 2020 00007 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

En forma previa a resolver el recurso de apelación presentado contra la sentencia dictada por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2021, se advierte que en el presente asunto se tiene pendiente resolver la apelación interpuesta contra el auto dictado en audiencia efectuada el 2 de julio de 2021, mediante el cual se negó la excepción previa falta de integración de litisconsorcio necesario propuesta por Avianca respecto a Temporal Ltda. y Gestionar Cooperativa, considerando que

para decidir de fondo el asunto no se requería la vinculación de las mismas, dadas las pretensiones formuladas.

La anterior decisión fue apelada por el apoderado de Avianca considerando que ante la manifestación reiterada del demandante de haber estado vinculado a Misión Temporal LTDA y de Gestionar Cooperativa, se consideraba que esas entidades debían comparecer al proceso para que éstas realizaran las aclaraciones pertinentes, así se procedió a conceder la apelación en el efecto devolutivo.

Al respecto, lo primero que habría que señalar es que el auto que resuelve sobre excepciones previas es recurrible, de acuerdo con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para resolver debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 61 del CGP, que contempla el litisconsorcio necesario en lo pertinente los siguientes términos:

“Cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.”

De la norma transcrita se desprende que la vinculación al proceso de una persona bajo la modalidad del litisconsorcio necesario, no está condicionada por la pluralidad de sujetos que persigan un fin similar o por el de aquellas que tuvieron algún tipo de relación o vinculación, sino porque la cuestión a decidir, verse sobre relaciones, situaciones o actos jurídicos que por su naturaleza o mandato legal, no sea posible resolver de fondo sin su intervención, en cuanto es sujeto de esa relación o porque intervino en esa situación o acto.

En el presente asunto, se advierte que el objeto de la litis es la declaratoria de una relación laboral entre el demandante y Avianca desde el 1° de septiembre de 2001 y aunque se aluda haber prestado servicios a la referida demandada mediante diferentes figuras e indicarse que existió intermediación por distintas empresas, lo cierto es que la relación laboral se predica es respecto de Avianca, por lo que la controversia debe resolverse atendiendo lo pretendido.

Bajo la anterior premisa, se tiene que en este caso no se dan los presupuestos del citado artículo 61 del CGP, para que se configure un litis consorcio necesario y el recurrente no expuso ninguna razón suficiente, diferente a que las personas jurídicas fueron mencionadas en el texto de la demanda de forma reiterada, por lo que se confirma el auto impugnado.

Resuelto lo anterior se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte actora. contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 19 de noviembre de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó se declarara la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa Avianca S.A, desde el 1° de septiembre de 2001 hasta la actualidad, conforme al principio de la primacía de la realidad sobre las formas. Fundamenta su pretensión en que fue contratado mediante diferentes figuras tales como acuerdos cooperativos a través de CTA Clave Integral, la cual debe condenarse solidariamente al pago de prestaciones sociales por el tiempo que fue vinculado como cooperado, esto es, entre el 1° de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2016, al pago de la indemnización moratoria por no consignación de cesantías del periodo antes mencionado, a la indexación de las sumas, a lo que resultare probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Como supuestos facticos de sus pretensiones afirma que laboró al servicio de Avianca S.A. desde el 1° de septiembre de 2001, en la ciudad de Bogotá, siendo contratado para desempeñar el cargo de Técnico Ayudante; inicialmente bajo la modalidad de contrato por duración de la obra o labor contratada a través de la EST Misión Temporal Ltda., vinculación que se dio mediante distintos contratos sucesivos desde el 1° de septiembre de 2001 al 31 de octubre de 2007; que a partir del 31 de octubre de 2007, fue vinculado mediante convenio cooperativo de trabajo asociado a través de CTA denominada Gestionar Cooperativa, que la contratación con tal cooperativa se dio hasta el 31 de diciembre de 2010, desarrollando las mismas funciones pero en el cargo denominado Técnico I; que a partir del 1° de enero de 2011, pasó a la Cooperativa de Trabajo Asociado Clave Integral CTA para continuar prestando servicios a Avianca S.A., prestación durante la cual fue escalonado a Técnico II y que desplegó servicios hasta el 31 de diciembre de 2016; que finalmente, a partir del 1° de enero de 2017, en atención a una investigación administrativa adelantada por el Ministerio de Trabajo, se presentó acuerdo de formalización laboral, en virtud del cual fue llamado a suscribir un contrato de trabajo directamente con Avianca, en el cargo de técnico II; que el último salario recibido como contraprestación dentro del acuerdo cooperativo ascendió a \$2.407.587 y que el cargo desempeñado en la actualidad es el de Analista de Control de Producción, por reubicación, atendiendo las patologías desarrolladas en la prestación del servicio.

Cómo fundamento normativo citó el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, el artículo 2.2.8.1.16 del Decreto 1070 de 2016, los artículos 249 y 253 del CST, del artículo 17 del Decreto 2351 de 1965, el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, así como trajo a colación la sentencia T – 132 de 2011.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Avianca S.A., contestó la demanda en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto entre las partes se suscribió contrato de trabajo el día 01 de enero de 2017, precisando que con anterioridad a dicha fecha no existió entre ellos relación contractual de ningún tipo. Así mismo aclaró que dentro del marco comercial Avianca había suscrito ofertas mercantiles con diferentes proveedores para la venta de servicios de apoyo en procesos técnicos y administrativos, no misionales y sin subordinación, los cuales fueron prestados por sus asociados, de acuerdo con las normas vigentes para el efecto. Finalmente precisó que la prestación de estos servicios se dio con autonomía técnica y financiera. Propuso la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario y propuso las excepciones de fondo que denominó: Inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, prescripción, buena fe, compensación, pago, genérica o innominada.

Por su parte, Clave Integral CTA, se opuso a todas y cada una de las pretensiones de la demanda por cuanto, se pretendía de manera temeraria desconocer el acuerdo

cooperativo suscrito toda vez que entre la CTA y el demandante nunca había existido relación laboral alguna y mucho menos un contrato de trabajo escrito a término indefinido, ya que lo que existió fue un acto cooperativo de trabajo asociado o convenio de asociación, firmado y aceptado por las partes el 1° de enero de 2011, de conformidad con los estatutos y regímenes vigentes de Clave Integral CTA y las normas aplicables, por lo que nunca tuvo la calidad de trabajador en ejecución de un contrato de trabajo sino la condición de trabajador asociado.

Hizo énfasis la Cooperativa demandada, en que tan conocido era el vínculo, que el trabajador asociado realizó y aprobó de manera satisfactoria el curso de economía solidaria con énfasis en trabajo asociado; que con base en el acuerdo cooperativo, se generaban los conceptos estipulados en los estatutos y regímenes de Cooperativa y previstos en el convenio de asociación, tal y como se acreditaba con los desprendibles de pago y liquidación definitiva de beneficios, en donde constaba el reconocimiento de la compensación ordinaria mensual (salario), extraordinaria mensual, compensación anual (cesantías), rendimiento de la compensación anual (intereses a las cesantías), compensación semestral (prima de servicios), auxilio de transporte, compensación por descanso (vacaciones), trabajo suplementario y auxilios cooperativos. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Cobro de lo no debido, compensación, inexistencia de la obligación, buena fe, pago

parcial y total, inexistencia de contrato de trabajo, prescripción y la genérica

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 19 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO S.A. - AVIANCA S.A., y COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO CLAVE INTEGRAL CTA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en la demanda por MANUEL ALBERTO CAICEDO FAJARDO. Lo anterior, específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado el estudio de las propuestas.

TERCERO: COSTAS, lo serán a cargo de la demandante, en firme la presente providencia, por secretaria, practíquese la liquidación de costas, incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$200.000 en favor de cada una de las accionadas.

CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Como fundamento de la decisión argumentó que conforme a lo establecido en la jurisprudencia, el elemento que diferenciaba el contrato de trabajo de otros era la subordinación, que los demás elementos se presentaban en cualquier contrato (SL9801-2015) y conforme a lo anterior y atendiendo a lo señalado en los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., preciso que correspondía acreditar la prestación personal del servicio para que se activara la presunción del artículo, señalando sobre el particular que respecto a lo aludido frente a la existencia de un vínculo con Avianca desde el año 2001, solo se allegaron declaraciones testimoniales que no permitían probar tal supuesto factico.

Respecto a la vinculación con Clave integral CTA, entre el 1° de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2016, analizó lo relacionado con la normativa que regula las CTA (art. Ley 79 de 1988 y Art. Dto. 4778 de 2008), precisando que tales relaciones no comportaban un vínculo conforme a la reglamentación del C.S.T., siendo que no se trataba de un trabajador subordinado ya que los asociados eran partícipes de la propiedad de la CTA. Acto seguido, concluyo que luego de analizadas las pruebas no se podía establecer la existencia de la subordinación dado que si bien había unas actividades de mantenimiento en favor de Avianca, las mismas eran realizadas en un escenario de cooperativismo siendo que no surgía del plenario el desarrollo de órdenes, instrucciones o relación de trabajo de personal directa con Avianca que desnaturalizara el convenio.

Finalmente indicó que si en gracia de discusión se hubiere evidenciado vínculo contractual laboral, como las pretensiones estaban encaminadas al reconocimiento de prestaciones sociales¹ y sanción moratoria por no consignación de cesantías, en primer término estarían cobijadas por fenómeno de la prescripción y en segundo lugar la CTA en condición de simple intermediario efectuó pagos equivalentes a los reclamados.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

¹ Entre el 1° de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2016.

La apoderada de la parte actora refirió en el recurso de alzada y en las demás argumentaciones que debía revocarse en su totalidad la decisión, en la medida en que frente a los extremos temporales había evidencias de estos no solo con los testimonios recibidos sino con la historia laboral allegada y las declaraciones de parte de Avianca S.A., refiriendo que frente a la relación del 2001 al 2007, debía considerarse la prohibición que existía para las EST de vinculación superior a los 12 meses, límite que sobrepaso porque en esta caso fue por más de 6 años, y luego de ello se hizo la contratación a través de Cooperativas de Trabajo Asociado, por lo que había el ánimo de desnaturalizar el contrato de trabajo que existió, pues desde el inicio de la prestación de los servicios se hizo para Avianca S.A. y las demás empresas fungieron como simples intermediarias.

De igual forma, indicó que de las pruebas testimoniales recibidas y de la misma declaración de la representante legal de la CTA, se desprendía que siempre se prestaron los servicios a Avianca S.A., porque desarrollo actividades directas y del giro ordinario de los negocios de la misma conforme se desprendía del certificado de existencia y representación legal y lo reconocido por la representante legal de Avianca en el interrogatorio de parte en donde refirió que atendiendo normas internacionales, se le exigía a dicha empresa que el 50% del personal de mantenimiento fuera directo; quedando acreditado incluso que a los trabajadores se les decía que hacer y cuáles eran los aviones que debían intervenir dentro de un taller, en el que se les impartían las

ordenes, reconociéndose por los testigos como jefes a las siguientes personas de Avianca S.A.: Jairo Marulanda, Javier Polonia y María del Pilar, enfatizando que el testigo Javier Martínez, refirió en su declaración que vio listados de horario y/o turnos en los que estaba el actor y también lo vio en distintas oportunidades haciendo filas de recibo de uniformes que eran indistintas para todo el personal tanto de planta de Avianca como para cooperados.

Finalmente señaló, que no había lugar a la prescripción siendo que la demanda se presentó en diciembre de 2019 y el vínculo asociativo término en diciembre de 2016 y que se debía revisar la compensación.

V. CONSIDERACIONES

Precisado lo anterior y atendiendo lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable establecer la existencia de una relación laboral entre el señor Manuel Alberto Caicedo Fajardo y Avianca S.A. entre el 1 de septiembre de 2001 y el 31 de diciembre de 2016, si la empresa de servicios Clave integral CTA, actuó como simple intermediario y en dado caso si procede el reconocimiento de las prestaciones sociales reclamadas así como la indemnización moratoria por no consignación de cesantías peticionada.

Para resolver, lo primero que debe indicarse es que el artículo 23 del código sustantivo de trabajo, consagra los elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber: la actividad personal del trabajador, realizada por sí mismo, la subordinación o dependencia de este respecto del empleador y el salario como retribución de servicio. A su vez, el artículo 24 del mismo ordenamiento, indica que “se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”.

Así mismo, se tiene que en forma pacífica ha indicado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre que, para que opere la presunción legal antes referida, le corresponde a la parte actora probar la prestación o actividad personal, para que entonces surja a cargo del convocado a juicio demostrar con hechos contrarios a los presumidos que la relación que mantuvo con el demandante, no estuvo regida por un contrato de trabajo.

Igualmente, debe señalarse que en las relaciones laborales se aplica el principio del contrato realidad, en tanto que al margen de la denominación que hagan las partes respecto del mismo, prevalece la naturaleza jurídica de la relación que materialmente se haya dado; en ese sentido prima lo que en la realidad ocurrió sobre el nombre que las partes le hubieren dado a la relación jurídica: Entonces, si se presenta discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del acuerdo entre las partes, debe preferirse la realidad de los hechos por encima del pacto celebrado por los sujetos, como

quiera que la realidad de los hechos prevalece sobre la apariencia contractual. En ese sentido es claro que no son tanto las formas como la realidad lo que determina el contenido, y, por consiguiente, la naturaleza de la relación de trabajo, la cual no depende de lo que las partes hayan acordado ni se somete a la denominación que errada o acertadamente, de buena o mala fe le hayan asignado. Lo anterior es acorde al principio contenido del artículo 53 de la Constitución Política, referente a la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones.

Ahora bien, se reclama por la parte actora que se declare la existencia de una relación laboral con Avianca desde el 1° de septiembre de 2001, siendo que desde el 1° de enero de 2017 se encuentra vinculado directamente con la misma, no obstante, no se allegó soporte documental suficiente para tal fin, dado que como documentales relevantes se allegaron los siguientes documentos:

- Certificación expedida por la división de nómina de Misión Temporal Ltda. el 4 de noviembre de 2005, que establece que el demandante estaba vinculado desde el 20 de julio de 2005 con dicha EST, en el cargo de Técnico Ayudante para el cliente Avianca.*
- *Comprobante de nómina de la quincena 1-15 de octubre de 2004, expedido por Misión Temporal Ltda.*
- *Liquidación Final expedida por Misión Temporal Ltda, de fecha 1° de enero de 2005, en la que se registra como fecha de inicio el 19 de abril de 2004 y fecha de retiro el 22 de diciembre de 2004.*
- Constancia expedida el 24 de noviembre de 2008, en la que se registró que el demandante prestaba servicios en la empresa Avianca por medio de convención de asociación tipo abierto como técnico I, desde el 2 octubre de 2007.*
- Hoja 1 del reporte de semanas cotizadas actualizado al 15 de febrero de 2019.*

Como se observa de las mismas no es posible establecer una prestación de servicios continua, interrumpida y subordinada a favor de Avianca S.A. y tampoco acreditan per se un actuar irregular en su contratación. Aunado a ello, el reporte de semanas cotizadas que se allegó está cortado y en todo caso tampoco es prueba suficiente para acreditar una relación laboral y menos una prestación de servicios para Avianca S.A. Los testimonios, aunque dan cuenta de una prestación de vieja data del actor en favor de Avianca, no precisan con exactitud el extremo inicial y tampoco ofrecen mayores detalles sobre esta temporalidad, lo que tampoco es factible establecerlo del interrogatorio de parte del Representante legal de Avianca.

Puntualizado lo anterior y dado que también se alude por la parte actora la existencia de intermediación respecto de Clave Integral CTA, y es frente al periodo de esta vinculación que se reclaman las pretensiones de tipo económico y se aportó el mayor caudal probatorio, se abordara el estudio de lo relacionado con las cooperativas de trabajo asociado, debiéndose recordar que en Colombia coexisten dos modalidades de trabajo subordinado diferentes, a saber: el que presta un trabajador en favor de otra persona bajo contrato de trabajo al cual le es aplicable la legislación laboral (conforme se dejó sentado en sentencia de la C.S.J., S.C.L. Rad. No. 25713 del 6 de diciembre de 2006) y el que presta un asociado en favor de la cooperativa de la cual forma parte, al cual no se le aplica la legislación laboral.

Respecto a esta última modalidad en la sentencia ya mencionada se ha establecido que para advertir la validez de la estipulación normativa que excluye al trabajo asociado de las regulaciones propias del contrato de trabajo, debe tenerse en cuenta que dicha forma de vinculación no se utilice “(...) *de manera fraudulenta para disfrazar u ocultar la existencia de verdaderas relaciones de trabajo o para evadir el reconocimiento y pago de derechos laborales legítimamente causados en cabeza de quienes, pese a que en apariencia fungieron como cooperados, en realidad han ostentado la calidad de trabajadores subordinados al servicio de terceras personas naturales o jurídicas*”.

Así, se tiene que la justicia laboral ha proferido innumerables sentencias de condena en contra de las personas naturales o jurídicas que se beneficiaron del servicio personal cuando se demuestra en el expediente que fueron verdaderos empleadores, por haber ejercido el poder subordinante del cual está investido un empleador frente a la persona que prestó el servicio.

Ahora bien, sobre la subordinación- la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dejado sentado, claramente, que la posibilidad de delegación en el beneficiario de los servicios del control y dirección de la actividad que desarrolla el trabajador está prevista para relaciones jurídicas diferentes al Trabajo Asociado, entre ellas las que surgen entre la empresa usuaria y una Empresa de Servicios Temporales, NO para las Cooperativas que vinculan trabajadores al servicio de

terceros, pues expresamente la Corte en la sentencia aludida señaló lo siguiente:

“no podrá considerarse legalmente en tales eventos [de trabajadores asociados al servicio de terceros] que la subordinación laboral que se ejerza sobre los asociados que haya enviado la cooperativa para el cumplimiento del contrato sea adelantada por delegación de ésta, porque, en primer lugar, en la relación jurídica que surge entre el trabajador cooperado y la cooperativa de trabajo asociado no puede darse una subordinación de índole estrictamente laboral por cuanto esa relación no se encuentra regida por un contrato de trabajo, según lo dispone el artículo 59 de la Ley 79 de 1988, y, en segundo lugar, porque la posibilidad de delegar la subordinación laboral en un tercero la ha previsto la ley para otro tipo de relaciones jurídicas, como las surgidas entre una empresa usuaria y una empresa de servicios temporales calidad que, importa destacar, no puede asumir una cooperativa de trabajo asociado por ser sus funciones legales diferentes a las del envío de trabajadores en misión”.

Así las cosas, se tiene que en procesos como este se deben estudiar las pruebas del expediente para verificar si se demostró que la subordinación la ejerció realmente la Cooperativa, caso en el cual la excepción normativa cobrará vigencia o si la subordinación y control del servicio lo ejerció el tercero que se benefició de los servicios, caso en el cual se debe declarar la existencia de un contrato de trabajo con él y que la Cooperativa actuó como un simple intermediario.

El artículo 35 del CST define al simple intermediario como aquel que contrata a otras personas para que ejecuten trabajos en beneficio y por cuenta exclusiva de un empleador. Como el simple intermediario no es un empleador, las obligaciones que surjan en favor de los trabajadores se entenderán radicadas en cabeza de la persona natural o jurídica que se benefició del servicio, dichas obligaciones surgirán de las normas legales y convencionales que regulan las relaciones de trabajo que ese verdadero empleador esté

ejecutando con los trabajadores a los que contrató directamente.

Para discernir adecuadamente los límites del simple intermediario frente a otras figuras, en casos puntuales, el mismo artículo 35 CST estableció quienes se consideran simples intermediarios. Dice la norma que tienen esta calidad “aun cuando aparezcan como empresarios independientes, las personas que agrupan o coordinan los servicios de determinados trabajadores para la ejecución de trabajos en los cuales utilicen locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos de un empleador para beneficio de éste y en actividades ordinarias inherentes o conexas del mismo”.

En ese orden de ideas y atendiendo a lo dicho hasta ahora, cuando en el proceso se demuestre: i) que la persona natural o jurídica que afirma ser un empresario agrupó o coordinó los servicios de trabajadores en beneficio de terceros y éstos desarrollaron actividades ordinarias inherentes o conexas a las actividades del contratante, ii) que las labores se desarrollaron utilizando locales, equipos, maquinarias, herramientas u otros elementos del contratante de ese tercero, y iii) que ejerció el poder subordinante y el control de las actividades de esos trabajadores fue el beneficiario de las labores, el juez declarará en virtud del principio de primacía de la realidad sobre las formas (artículo 53 de la Constitución Política) que el verdadero empleador el que se benefició de los servicios y que la Cooperativa contratista actuó como un

simple intermediario, con todas las consecuencias que ello acarrea en cuanto a los derechos que se pudieron haber causado.

Teniendo claro lo anterior y descendiendo en el análisis se advierte que fue allegado al expediente la oferta mercantil de fecha 26 de marzo de 2010, para los servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos, con la orden de compra de servicios No. A-003000000-652AV en la que se relaciona la oferta mercantil del 26 de marzo de 2010, con fecha de emisión del 8 de abril de 2010, advirtiendo que en dicha oferta se contempla el objeto en los siguientes términos: ***“PRIMERA. OBJETO: EL OFERENTE ofrece vender a EL DESTINATARIO DE LA OFERTA los servicios de apoyo en la gestión de procesos técnicos, administrativos y operativos identificados en el Anexo No. 1 “Detalle de procesos, posiciones y valores”, a través de la asignación de asociados de EL OFERENTE a las posiciones que se consideran necesarias para el apoyo efectivo en la ejecución de los procesos descritos en el Anexo No. 1. Los servicios de apoyo que se ofrecen vender están referidos a la operación de las aerolíneas Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca S.A. y Sociedad Aeronáutica de Medellín Consolidada S.A. SAN S.A. (...)”***.

Adicionalmente, se aprecia que en la cláusula 9 de la referida oferta mercantil, se estipuló el término de duración de la misma, definiéndolo desde la emisión de la orden de compra de los servicios (8 de abril de 2010) hasta el 31 de mayo de

2011, debiéndose indicar que a efectos de demostrar la prórroga del oferta, se allegaron otrosíes 4, 5, 6 y 7, en donde los 3 primeros aluden a prórrogas a partir del año 2013 y aunque se refieren a oferta mercantil del 26 de marzo de 2004, se infiere que corresponden a las prórrogas de la oferta mercantil del 26 de marzo de 2010, en tanto que registran el mismo No. de orden de compra de servicios, esto es, la No. A-003000000-652AV, debiéndose mencionar que, aunque no se aportaron los documentos que soportan la prórroga de la oferta entre el año 2011 y 2013, si estos no se hubiesen desplegado no habría razón de ser para las que se efectuaron en adelante, encontrando prorrogada la oferta hasta el 31 de diciembre de 2016, conforme al otrosí No. 7.

Ahora bien, de la oferta mercantil aludida resulta evidente que los servicios de apoyo en procesos técnicos, administrativos y operativos requeridos por Avianca S.A., contratados con Clave Integral CTA, obedecen a actividades ordinarias de Avianca S.A., pues así se señaló expresamente en la oferta comercial y ello se confirma con lo señalado en el interrogatorio de parte rendido por los representantes legales de Avianca S.A. y de Clave Integral CTA, pues en estos se dio cuenta que la oferta comercial se suscribió para la prestación de servicios de mantenimiento técnico a los aviones de Avianca s.a., aspecto que sin lugar a dudas obedece al giro ordinario de los negocios de Avianca, máxime que en esta misma diligencia se reconoce que en el área de mantenimiento técnico no solo se contaba con personal tercerizado sino también con personal directo contratado por Avianca S.A.

De otra parte, debe indicarse que se encuentra acreditado que el demandante, prestó sus servicios como Técnico I en Avianca S.A., entre el 1° de enero de 2011 y el 31 de diciembre de 2016, por cuenta de la condición de asociado del actor a Clave Integral CTA, según se desprende del acto cooperativo de trabajo asociado suscrito entre el actor y la mencionada cooperativa, la liquidación de derechos económicos y demás comprobantes y certificaciones allegadas por las partes.

Ahora bien, respecto a las circunstancias de tiempo modo y lugar en que se prestaron los servicios para Avianca en virtud del contrato antes mencionado y quien desplegó la subordinación y control en tal prestación, se cuenta con los testimonios de los señores **Javier Leonardo Martínez Chaves** (quien refirió ser técnico aeronáutico y conocer al actor aproximadamente desde el año 2000 hasta el 2020 cuando trabajó para Avianca a través de la cooperativa), **Amarildo Maldonado Piñeros** (quien refirió desempeñarse durante un buen tiempo como almacenista de Avianca, estar actualmente vinculado con esta y conocer al demandante desde el año 1990 cuando el actor trabajó en Helicol) y **Eduard Antonio Cubides Gómez** (quien refirió ser técnico mantenimiento aeronáutico y conocer al actor desde su vinculación en el año 2004), los cuales fueron contestes en señalar que los servicios se prestaban por el demandante en el taller de estructuras, que el actor era técnico en la dependencia de estructuras y compuestos, que las herramientas que se usaban eran de propiedad de Avianca, que a todo el personal se le asignaba el

mismo uniforme, que quienes asignaban turnos y daban ordenes hacían parte del personal de Avianca, convergiendo por lo menos dos testigos en el señalamiento como jefe del señor Javier Polanía.

Al respecto, debe indicarse que si bien se propuso tacha de sospecha respecto del señor Eduard Antonio Cubides Gómez, por tener un proceso judicial similar, debe tenerse presente que no se podía concluir que la declaración realizada carecía de veracidad, en la medida que su declaración fue espontánea y resultó útil para dilucidar de su dicho la forma como se prestaban los servicios del demandante, siendo quien explicó con mayor claridad la dependencia en la que prestaba los servicios el demandante, como era el uso y manejo de las herramientas y que las ordenes en cuanto a asuntos de mantenimiento se desplegaba por el personal de Avianca S.A.

Ateniendo lo antes mencionado, y verificada la oferta mercantil se advierte además que dentro de la cláusula tercera que contempla las obligaciones del destinatario de la oferta, se estipularon las siguientes obligaciones:

“(…)

TERCERA. OBLIGACIONES DE EL DESTINATARIO DE LA OFERTA: Una vez aceptada la presente oferta mercantil, **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** se obliga además de las obligaciones propias de la naturaleza de la relación que surge por efectos de la aceptación de la oferta, asume las siguientes obligaciones:

1. Cancelar el valor de las facturas que sean debidamente emitidas por **EL OFERENTE**, y que correspondan a los servicios prestados efectivamente, dentro de los plazos y tarifas previstos en la presente oferta;
2. Colaborar con **EL OFERENTE** en la capacitación de los asociados asignados por **EL OFERENTE** para la prestación de los servicios, en aspectos técnicos y de seguridad operacional propios de la naturaleza de la actividad que desarrolla **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA**;
3. Entregar en comodato los equipos, herramientas o elementos que **EL OFERENTE** pueda requerir para la correcta prestación de los servicios;
4. Pagar directamente como costos adicionales a la prestación de los servicios objeto de la presente oferta mercantil los relacionados con trámite de los permisos ante la OPAIN, los carnets, los elementos de protección personal, la alimentación y el transporte de los asociados de **EL OFERENTE**. Para los procesos que apoyen los asociados de **EL OFERENTE** que requieran un uniforme o vestuario específico, el costo será asumido por **EL DESTINATARIO DE LA OFERTA** y los uniformes o vestuario específico será entregado por **EL OFERENTE** directamente a sus asociados.

(...)”.

Como se observa las pruebas analizadas indican claramente que los elementos de trabajo eran propiedad de Avianca y que la subordinación entendida como la facultad de impartir ordenes sobre modo, cantidad, y calidad del servicio, así como la facultad de capacitar al personal la desarrollaba Avianca S.A.

Adicionalmente, la ausencia de autonomía se expresa también en la incapacidad financiera de Clave Integral CTA, al punto que le impedía responder por los riesgos de su labor si prescindía del contrato con AVIANCA S.A., pues aunque no se indicó que fuera la única aerolínea con la que se había suscrito ni el único negocio que tuvieran pues la representante legal de la misma refirió tener un taller aeronáutico reparador y una escuela aeronáutica, lo cierto era que con ocasión a que la mayoría de asociados se retiraron cuando en el 2016 se dio la convocatoria por Avianca para la vinculación directa del personal, se reconoció por la

representante legal que ello impidió mantener los servicios y con ocasión a ello la cooperativa se encontraba en liquidación.

Así las cosas, se tiene que obran elementos de prueba suficientes para entender que existió una indebida intermediación en la vinculación del demandante por parte de Clave Integral CTA, pues pese a que entre la cooperativa y AVIANCA S.A. se emitió orden de compra de servicios de la oferta mercantil, el servicio del actor se prestó de manera exclusiva y continua a la aerolínea, quien se reservó amplias capacidades de control sobre los servicios, suministró órdenes y las labores se realizaron en las locaciones de AVIANCA y para cumplirlas suministró las herramientas, materiales y uniformes, de lo cual resulta claro que el trabajador estuvo integrado en su organización y estructura empresarial, en esa medida se tendría que señalar que el verdadero empleador fue Avianca S.A.

En cuanto al salario devengado por el actor se tiene que de las desprendibles de nómina aportados por Clave Integral CTA es posible establecer que el último salario devengado en las siguientes anualidades² ascendió al que a continuación se enuncia, precisando que para ello se tuvo en cuenta la compensación ordinaria y extraordinaria siendo que en el régimen de compensaciones también allegado por la mencionada cooperativa se enuncia que la compensación ordinaria corresponde a la suma de dinero que recibía el asociado por la ejecución del servicio y la compensación

² Sin variación en los últimos 3 meses.

extraordinaria corresponde a los demás pagos mensuales que se recibían como retribución del trabajo:

- ✓ 2013: \$1.293.430
- ✓ 2014: \$1.331.602
- ✓ 2015: \$1.390.458
- ✓ 2016: \$1.539.694

Respecto del año 2012, se allegó por el actor certificación expedida por Clave Integral CTA, en la que se establece que los ingresos para dicha anualidad ascendían a \$1.228.748. Finalmente, y respecto del año 2011, debe indicarse que aunque no se allegó soporte que diera cuenta a cuanto ascendía el valor, como se trataba de servicios remunerados y existe prohibición expresa respecto a que el trabajo en la jornada máxima legal pueda ser inferior al SMLMV, se tendrá tal suma como la devengada durante la anualidad inicial, la cual asciende a \$535.600.

Bajo el anterior entendimiento, y siendo que se trató de una verdadera relación laboral resultarían exitosas las reclamaciones de los derechos que la legislación laboral contempla, así en forma previa a entrar a determinar el valor de los mismos, debe analizarse la excepción de prescripción propuesta por la demandadas, debiéndose mencionar que al tenor de lo dispuesto en los artículos 488 del C.S.T. y 151 del C.P.L, se tiene que los derechos laborales prescriben en el término de 3 años, no obstante, el simple reclamo escrito del

trabajador presentado al empleador interrumpe la prescripción, por un lapso igual.

Verificado el expediente se advierte que no obra reclamo escrito del trabajador a Avianca S.A., por lo que en este caso la prescripción solo se interrumpió con la presentación de la demanda, lo cual ocurrió conforme al acta de reparto el 18 de diciembre de 2019, por lo que todo lo anterior al 18 de diciembre de 2016, se encuentra prescrito.

Es decir que quedaría vigentes los derechos que se hubieren causado dentro del periodo comprendido entre el 18 de diciembre de 2016 y el 31 de diciembre de 2016, toda vez que atendiendo diversos pronunciamientos jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia, la prescripción de las primas de servicios e intereses a las cesantías, se cuenta desde la respectiva causación de cada una de estas (Sentencia No. 43894 de 2015), en la caso de las cesantías se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral (Sentencia No. 67636 de 2018) y tratándose de las vacaciones, las mismas son exigibles hasta el vencimiento del año que tiene el empleador para concederlas o a la terminación del contrato cuando se compensan en dinero (Sentencia No. 46704).

Liquidación prestaciones sociales y vacaciones

Así tendríamos que las **cesantías** por todo el tiempo de la vinculación del actor, ascenderían a \$7.319.532, siendo que como se expuso estas no estarían afectadas por el fenómeno

de la prescripción en la medida en que solo se hacen exigibles a la terminación del vínculo laboral.

CESANTÍAS		
2011	\$	535.600,00
2012	\$	1.228.748,00
2013	\$	1.293.430,00
2014	\$	1.331.602,00
2015	\$	1.390.458,00
2016	\$	1.539.694,00
TOTAL	\$	7.319.532,00

De otra parte, en lo que respecta a **intereses de cesantías, prima de servicios y vacaciones** se tiene que al demandante corresponderían la suma de **\$1.724.457**, como se advierte a continuación:

PRESTACIONES 2016	
INT. CESANTÍAS ³	\$ 184.763,00
PRIMA SERVICIO DICIEMBRE ⁴	\$ 769.847,00
VACACIONES ⁵	\$ 769.847,00
TOTAL	\$ 1.724.457,00

Así, se tiene que por concepto de prestaciones sociales y vacaciones al demandante le correspondía la suma de **\$9.043.989**.

Indexación de las sumas

Teniendo en cuenta que la parte actora solicitó la indexación de las sumas y dado que es evidente la pérdida del

³ Como los intereses a las cesantías se causan al 31 de enero de la anualidad siguiente, al terminarse el contrato corresponde pagarlas en la liquidación.

⁴ Se causan al 20 de diciembre.

⁵ Se causan al cumplir un año de trabajo o al momento de terminarse el contrato,

poder adquisitivo del dinero con el transcurso del tiempo, se ordenará que las sumas antes mencionadas deberán ser indexadas a partir del 31 de diciembre de 2016 (fecha de terminación del contrato cooperativo) hasta el momento en que se efectúe el pago de las mismas.

Excepción de Compensación

El Código Civil, en sus artículos 1714, 1715 y 1716 consagra la compensación como un modo de extinción de las obligaciones de quienes son deudores entre sí, cuyas deudas sean en dinero, o de cosas fungibles, o indeterminadas, de igual género y calidad, liquidas y actualmente exigible.

Precisado lo anterior, se advierte que en la liquidación final allegada por el demandante y Clave Integral CTA, se registra en el acápite de beneficios sociales acumulados un registro denominado “AUX COOP. BENEF. OBLIG ANUAL DEL 01/01/2011 al 31/12/2016” por valor de \$1.381.855, el cual conforme a lo señalado en el artículo 25 del régimen de compensaciones es equivalente a “(...) una compensación ordinaria y extraordinaria mensual por un año completo de aporte de trabajo, o proporcional o por la fracción del año trabajado”, lo que se asocia con las variables para la liquidación de las cesantías, especialmente porque se menciona que se podrá hacer entrega parcial anticipada en casi los mismos eventos en que pueden solicitarse las cesantías.

De igual forma, se tiene que en la referida liquidación se advierte que se registra en el acápite de beneficios sociales acumulados un registro denominado “AUX COOP. BENEFL. OBLIG DES DEL 01/01/2011 al 31/12/2016” por valor de \$771.985,97, el cual conforme a lo señalado en el artículo 27 del régimen de compensaciones se genera por “(...) Todo trabajador asociado que cumpla un año de trabajo en clave Integral CTA tendrá derecho a disfrutar de un periodo de descanso anual de 15 días hábiles laborales (...)”, lo que se asocia con las vacaciones concedidas por la legislación laboral, de manera que será factible su imputación.

También, debe indicarse que el régimen de compensaciones en su artículo 24, contempla auxilio cooperativo de beneficio obligatorio semestral, que corresponde a un pago equivalente al 50% de la compensación ordinaria y extraordinaria que se efectúa en junio y diciembre, relacionándose indefectiblemente con la prima de servicios legal, debiéndose señalar sobre el particular que aunque en la liquidación final allegada este concepto registra en 0, se advierte que ello fue así porque se canceló con la primera quincena de diciembre de 2016, por valor de \$772.841.

Como se observa tales pagos son equivalentes y dado que estos fueron realizados por Clave Integral CTA, quien se determinó fungió como simple intermediaria y por tanto es responsable solidario de las condenas impuestas a Avianca S.A., en los términos del artículo 35 del C.S.T., procede la imputación de tales pagos sobre el valor liquidado de las

prestaciones sociales, salvo lo relacionado con el pago de cesantías, ya que esta suma no puede deducirse pues se realizó directamente al trabajador y no se consignó en un fondo de cesantías, de manera que se desconoció lo previsto en el artículo 254 del CST y por tanto se configuró la pérdida de lo pagado por ese concepto, tal y como se ha señalado por la C.S.J, S.C.L., en sentencia SL7335-2014, reiterada recientemente en sentencia SL523-2022.

Así las cosas, se tiene que los pagos efectuados por Clave Integral CTA que podrían imputarse ascienden a **\$1.544.826,97.**

Indemnización moratoria por no consignación de cesantías

Frente al tema debe recordarse que se trata de un criterio pacífico que para la procedencia de las indemnizaciones moratorias el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si existió buena o mala fe, ya que solo ante este último resulta procedente.

En esa medida, revisado el caudal probatorio allegado y teniendo en cuenta que se advirtió que en el presente asunto se intentó encubrir la existencia de una verdadera relación laboral entre el actor y Avianca S.A., en donde Clave Integral CTA fungió como un simple intermediario, siendo evidente que la actividad desarrollada por el actor era inherente al giro ordinario de los negocios de Avianca, las labores se ejecutaron

en dependencias de la misma y con los elementos proporcionados por esta y ejerciéndose poder subordinante y de control por la misma frente al actor, se tiene que a juicio de esta sala dicho actuar no denota buena fe.

En forma previa a efectuar la liquidación correspondiente como se propuso la excepción de prescripción, debe analizarse la misma, siendo lo primero señalar que de lo establecido por la C.S.J., S.C.L., en sentencia de radicación No. CSJ SL 35603, 1º feb. 2011, se desprende que la prescripción de la sanción por la no consignación de cesantías no corre de igual manera a la prescripción de las cesantías ya que la exigibilidad de cada una opera en momentos diferentes, pues en la referida sentencia se indicó:

“(…)

El auxilio de cesantía regulado por el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, contiene diversas situaciones. Una de ellas es su liquidación a 31 de diciembre de cada año, cuyo valor debe ser consignado antes del 15 de febrero del año siguiente en el correspondiente fondo, cuya omisión implicará para el empleador el pago de un día de salario por cada día de retardo (art. 99-3). Otra ocurre a la terminación de la relación laboral, cuando existiendo saldos de cesantías a favor del trabajador, el empleador debe pagarlos directamente al trabajador con los intereses legales causados.

La sanción moratoria del artículo 99-3 de la Ley 50 de 1990, surge a la vida jurídica el 15 de febrero de cada anualidad, pues es antes de ese día que el empleador debe consignar el valor liquidado del auxilio de cesantía. Entonces, si el empleador no consigna en la fecha señalada, la dicha sanción moratoria empieza su vigencia desde entonces, es decir, se hace exigible. Y si ya se tiene la fecha de exigibilidad, la prescripción de la misma está regulada por los artículos 488 del C. S. del T. y 151 del C. P. del T. y de la S.S.

Ahora, si a la terminación del contrato de trabajo, el empleador no ha cumplido con su deber de consignar dentro de los términos de ley, surge otra obligación a su cargo, cual es la de pagar directamente al trabajador esa prestación. Pero desde este momento, conforme lo tiene adoctrinado la jurisprudencia de la Corte, la omisión de dicho pago directo acarrea para el empleador la sanción moratoria prevista en el artículo 65 del C. S. del T., de manera que ésta reemplaza la causada por la falta de consignación, es decir, que la sanción moratoria por la no consignación del auxilio de cesantía, corre hasta la terminación del contrato, momento en el cual el empleador debe

pagar, no solo los saldos adeudados, sino el causado en la respectiva anualidad en la que finaliza el vínculo contractual laboral.

(...)”.

Así las cosas, se tiene que la exigibilidad de la sanción moratoria por no consignación de cesantías se causa al 15 de febrero del año siguiente en que se omitió consignar, naciendo para el trabajador a partir de allí su derecho a reclamar el reconocimiento, de suerte que si no lo ejerce dentro de los 3 años siguientes operaba la prescripción, advirtiéndose así lo siguiente:

CESANTÍAS	CAUSACIÓN INDEMNIZACIÓN MORATORIA POR NO CONSIGNACION DE CESANTÍAS	PRESCRIPCIÓN
2011	15 febrero de 2012	PRESCRITAS
2012	15 febrero de 2013	PRESCRITAS
2013	15 febrero de 2014	PRESCRITAS
2014	15 febrero de 2015	PRESCRITAS
2015	15 febrero de 2016	PRESCRITAS
2016	15 febrero de 2017	NO PRESCRITAS

Por lo anterior, no resulta procedente el pago de la indemnización moratoria reclamada respecto de los años 2011 a 2015, pero si se condenará al pago de la causada por el año 2016, siendo que por disposición legal estas no podían ser entregadas al trabajador en forma directa.

Así las cosas, se tiene que por concepto de indemnización moratoria por no consignación de las cesantías del año 2016, le corresponde al actor la suma de **\$51.323.13 diarios**, desde el 15 de febrero de 2017 hasta el momento en que se realice el pago o en su defecto hasta la terminación del contrato de trabajo, momento a partir del cual si persiste la omisión se

causara la moratoria prevista en el artículo 65 del C.S.T., tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la sala de casación laboral en la SL1141-2021.

En las dos instancias se condenará en costas a 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 expedida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el Señor Manuel Alberto Caicedo Fajardo y Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca, existe un contrato de trabajo desde el 1° de enero de 2011, en donde Clave Integral CTA, fungió como simple intermediario entre el 1° de enero de 2011 al 31 de diciembre de 2016 y por tanto es solidariamente responsable de las condenas impuestas Avianca.

TERCERO: DECLARAR PARCIALMENTE PROBADA la excepción de prescripción de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: CONDENAR a Aerovías del Continente Americano S.A. Avianca a pagar al señor Manuel Alberto Caicedo Fajardo, las siguientes sumas por los conceptos que a continuación se relacionan:

- a) La suma de **\$9.043.989.** por concepto de **cesantías.**
- b) La suma de **\$184.763** por concepto de intereses a las cesantías, suma que deberá ser indexada al momento del pago.
- c) La suma de **\$769.847** por concepto de prima de servicios de diciembre, suma que deberá ser indexada al momento del pago.
- d) La suma de **\$769.847** por concepto de vacaciones, suma que deberá ser indexada al momento del pago.
- e) La suma de **\$51.323.13** diarios por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías correspondientes al año 2016, cuya liquidación se realizara en la forma indicada en la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: DECLARAR PROBADA la excepción de compensación propuesta por las demandadas y en consecuencia se autoriza a compensar el valor de **\$1.544.826,97** a las sumas adeudadas por Avianca señaladas en el numeral anterior, de acuerdo a lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: COSTAS, en las dos instancias a cargo de las demandadas. Se fija como agencias en derecho de esta

instancia 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

ACLARO VOTO



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, 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 BAUDELINO
ROJAS TORRES CONTRA ADMINISTRADORA
COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES.**

RADICADO: 11001 3105 010 2019 00564 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

AUTO

Atendiendo a lo manifestado por la memorialista en el escrito obrante en el expediente, se reconoce a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con cédula de ciudadanía No. 37.627.008 y Tarjeta Profesional No. 221.228 del Consejo Superior de la Judicatura como apoderada de Colpensiones.

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 20 de mayo de 2021.

En esta instancia, se allegaron alegatos por Colpensiones, en los que solicitó revisar en su totalidad el fallo y de ser contrario a derecho proceder con su revocatoria, igualmente, señaló que debía tenerse en cuenta que el actor no tenía derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, como quiera que el actor causó el derecho hasta el 30 de septiembre de 2012, fecha en que cumplió los 60 años, esto era, con posterioridad a la entrada en vigencia y excepciones que contemplaba el acto legislativo 01 de 2005.

ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se condenara a Colpensiones al reconocimiento y pago de la mesada 14, a partir del mes de junio de 2016, así como, a pagar los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del mes aludido y hasta cuando se verificara el pago, sumas debidamente actualizadas, al pago de costas y agencias en derecho y a lo que resultara ultra y extra petita.

En sustento de sus pretensiones mencionó que el Banco Central Hipotecario le reconoció pensión de vejez, a partir del

1° de abril de 2004, en cuantía inicial de \$753.497; que la entidad pagadora fue objeto de liquidación fijándose como plazo para la misma el 15 de julio de 2006; que el Banco Central Hipotecario en la año 2003, conmutó las pensiones que tenía su cargo en el ISS; que el referido banco asumió el pago de la pensión hasta el 30 de septiembre de 2013; que mediante Resolución No. GNR 302847 del 1° de octubre de 2015, Colpensiones asumió el pago de la pensión de vejez en un 100%; que una vez asumida la pensión de vejez por Colpensiones, esta suspendió el pago de la mesada 14, pese a haberla percibido durante 13 años.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 48, 49, 53, 58 y 150 de la Constitución Nacional, el acto legislativo 01 de 2005, la circular 13 de 2015 expedida por Colpensiones y las sentencias T – 5189723 y SL1635-2018.

I. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda como se observa a folios 50-55, en donde se opuso a todas y cada una de las pretensiones, por cuanto el demandante no tenía derecho al reconocimiento y pago de la mesada 14, ya que el actor causó el derecho a la pensión legal de vejez hasta el 30 de septiembre de 2012, fecha en que cumplió 60 años, es decir, con posterioridad a la entrada en vigencia y excepciones contempladas en el acto legislativo 01 de 2005.

Adicionalmente, señaló que debía tenerse en cuenta que el Banco Central Hipotecario, reconoció pensión de vejez

extralegal a partir del 1° de abril de 2004, en 14 mesadas anuales según acta de conciliación No. 400 del 8 de septiembre de 2000, celebrada ante el Ministerio del Trabajo, prestación que debía reconocerse al actor hasta que cumpliera con los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de vejez por Colpensiones, asumiendo el empleador solo el mayor valor causado entre las pensiones, mayor valor dentro del cual estaría contemplado el pago de la mesada 14, por cuanto este la venía pagando desde el reconocimiento, asimismo, señaló que no se configuraban los presupuestos para la causación de intereses moratorios.

Finalmente, propuso las excepciones de mérito que denominó: prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones, inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir, no configuración al pago de intereses moratorios y cobro de lo no debido.

II. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 20 de mayo de 2021, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante BAUDILIO ROJAS TORRES la diferencia surgida entre el valor reconocido y pagado por concepto de la mesada 14 que se reconoció al demandante en la resolución SUB 61449 del 2 de marzo de 2020 y el valor real devengado por el demandante como mesada pensional, por ende, retroactivo que entre el año 2016 a 2019, asciende a la suma de \$1.999.642,16 y hasta que sea incluido en nómina de pensionados en la mesada pensional 14 con el valor real de la mesada pensional de conformidad a la parte motiva de la providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demanda ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante BAUDILIO TORRES ROJAS los intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993, así: intereses moratorios causados sobre la mesada 14 entre la fecha

de causación hasta la fecha de pago efectivo, con dos cortes, el primero sobre el valor reconocido en la resolución SUB 61449 del 2 de marzo 2020, desde la causación de cada mesada pensional hasta el día primero de abril de 2020, según la resolución que indico que sería incluido en nómina de pensionados para dicha mensualidad y sobre la suma del retroactivo aquí ordenado pagar intereses moratorios del artículo 141 de la ley 100 de 1993 desde la fecha de causación de la diferencia en la mesada 14 de los años 2016-2017-2018-2019 hasta la fecha efectiva de pago, de conformidad a la parte motiva de la Providencia.

TERCERO: DECLARAR PROBADA parcialmente la excepción de cobro de lo no debido frente a la indexación y por lo tanto se absuelve de esta pretensión a la demandada, de conformidad a lo señalado en la parte motiva de esta Providencia.

CUARTO: SE CONDENA en costas en la entidad demandada a favor del demandante tasas e incluyendo como agencias en derecho la suma de \$450.000.

QUINTO: Súrtase el grado jurisdiccional de consulta en caso de no ser apelada por la parte demandada por ser desfavorable a sus pretensiones artículo 69 del CPTSS.”

Como fundamento de su decisión argumentó que en este asunto no estaba en discusión el derecho, sino el valor de los dineros pagados, por cuanto Colpensiones mediante Resolución SUB61449 del 2 de marzo de 2020, procedió a efectuar el reconocimiento de la mesada adicional en los siguientes valores 2016 (\$1.250.282), 2017 (\$1.322.41), 2018 (\$1.376.217) y 2019 (\$1.419.981), las cuales comparadas con el monto en el que venía siendo reconocida la mesada pensional, según los comprobantes de nómina allegados, reportaban un valor superior y por tanto una diferencia por pagar así: 2016 (\$462.959), 2017 (\$489.580), 2018 (\$509.603) y 2019 (\$537.509,16), para un total de \$1.999.642,16.

De igual forma, mencionó que frente a los intereses moratorios debía tenerse en cuenta, que si bien hubo un pago de la mesada 14, en el mes de abril de 2020, existieron unas diferencias que se generaban por haberse efectuado un pago parcial, por lo que hubo mora en los años 2016 a 2019, de manera que la primera causación de intereses, se generaba a

partir de la causación de la mesada 14 y hasta cuando se efectuó el pago, esto es, hasta abril de 2020 y un segundo evento en el valor de la diferencia pensional desde la fecha de causación de la diferencia hasta la fecha efectiva de pago, igualmente se mencionó, que la indexación era incompatible con el reconocimiento de intereses moratorios y que como el 9 de mayo de 2019, se presentó reclamación a Colpensiones, con ello se interrumpió el termino de prescripción y toda vez que se presentó demanda el 28 de agosto de 2019, se tenía que no se afectó con dicho fenómeno la mesada 14 del año 2016 y en adelante.

III. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si en el presente asunto resultaba viable el reconocimiento de la mesada pensional No. 14 a cargo de Colpensiones y si eran procedentes los intereses moratorios.

En primer lugar, resulta pertinente señalar que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que al actor le fue reconocida pensión vitalicia especial por el Banco Central Hipotecario conmutada a partir del 1° de abril de 2004, en cuantía inicial de \$753.497; ii) que Colpensiones mediante Resolución No. 324 de 2004¹, contempló 421 nuevos beneficiarios de la conmutación celebrada con el Banco Central Hipotecario dentro del que se encontraba el

¹ “Por la cual se modifica la resolución 2837 de noviembre 28 de 2003, dentro de una conmutación pensional aceptando un pago parcial”

demandante y iii) que Colpensiones mediante Resolución No. GNR 302847 del 1° de octubre de 2015, le reconoció al actor una pensión de vejez, a partir del 30 de septiembre de 2013 (SIC), en cuantía inicial de \$1.482.301 y en aplicación de lo establecido en el Decreto 758 de 1990.

Para resolver, lo primero que debe señalarse es que aunque se advierte que Colpensiones durante el curso del proceso allegó la Resolución No. SUB 61449 del 2 de marzo de 2020, en la que mencionó que la dirección de nómina procedería con la cancelación de las mesadas 14, causadas desde el año 2016 al 2019 y que éstas se cancelarían en la nómina de marzo de 2020 (pagaderas en abril del mismo año), podría pensarse que el derecho no estaba en discusión, sin embargo, lo cierto es que lo que motivó la presentación de la demanda fue el no pago de la mesada 14 negado por Colpensiones una vez ésta reconoció la pensión legal de vejez, encontrando desde el momento en que se trabó la Litis que Colpensiones al contestar la demanda afirmó que el actor no tenía derecho al pago de mesada reclamada, siendo que el derecho a la pensión legal se causó el 30 de septiembre de 2012, cuando cumplió los 60 años de edad, data para la cual tal derecho a la mesada 14 se había extinguido en virtud de lo contemplado en el acto legislativo 01 de 2005, aspecto que reiteró en los alegatos presentados en esta instancia.

En ese orden de ideas, se tiene que el derecho al reconocimiento de la mesada 14, si estaba en discusión y por tanto debió procederse con el análisis de fondo, independientemente del reconocimiento efectuado por

Colpensiones, que había perdido competencia para revocar su propio acto, al haberse asumido el control jurisdiccional del mismo a partir de la presentación de la demanda que dio origen a este proceso.

Precisado lo anterior, conviene recordar que frente a las pensiones otorgadas por el Banco Central Hipotecario y la figura de la conmutación pensional, nuestro máximo órgano de cierre, en sentencia SL2822-2019, señaló lo siguiente:

“(…)

En cuanto al fondo de la acusación, la censura ataca el entendimiento que le dio el Tribunal a la figura de la conmutación pensional establecida en los artículos 4 y 6 del Decreto 1260 del 2000, pues considera que, en virtud de la misma, el ISS debió reconocer la pensión legal de vejez en las mismas condiciones en que el BCH había concedido la pensión voluntaria y anticipada de vejez, esto es, incluyendo la mesada catorce.

Los artículos 4 y 6 del Decreto 1260 del 2000, disponen:

“(…)

Como se establece en los preceptos indicados y lo ha referido esta Corporación en diversas ocasiones, la conmutación pensional es una medida de contingencia ante «situaciones excepcionales de crisis de las empresas», que pretende salvaguardar el pago de las pensiones de jubilación, en virtud de la cual se autoriza el traslado de la responsabilidad de pago del empleador al Instituto de Seguros Sociales, a una compañía de seguros o a una administradora de fondos de pensiones. Sin embargo, ese traslado y asunción del pago por parte de la Administradora de Pensiones, supone la permanencia de las condiciones con que fue reconocida la prestación por el empleador (Ver sentencias CSJ SL, 30 abr. 2013, rad. 42943, reiterada en CSJ SL4951-2016; SL1635-2018).

Para el caso en estudio, no se vislumbra que el juez de apelaciones hubiese desconocido las normas transcritas o les hubiese dado un entendimiento errado, por el contrario, tuvo por demostrada la conmutación pensional y le dio la aplicación acertada, toda vez que consideró que el ISS asumió el pago de la pensión voluntaria concedida por el BCH y que está debía ser pagada en los mismos términos acordados por las partes, dentro de estos, acatando su carácter temporal.

En ese punto, importa hacer claridad en que no existe reproche en esta sede, ni fue desconocido por la parte recurrente, que la pensión otorgada por el BCH, además de ser voluntaria y anticipada, era temporal, es decir, estaba sometida a lo que esta Sala ha denominado condición resolutoria, pues en el citado acuerdo las partes dejaron consignado que el pago de la prestación se prolongaría «hasta el momento en que el Instituto de seguros sociales asumiera la pensión de vejez o invalidez». De manera que, al efectuarse la citada conmutación por parte del ISS, esa característica de temporalidad de

la prestación también trascendía y, por ende, la obligación de pago asumida por el ISS estaba limitada en el tiempo conforme lo acordado por las partes.

Soporte de lo descrito, lo fue para el ad quem las resoluciones emitidas por el ISS, particularmente la n° 2053 de 27 de agosto 2003, en la que se avaló la conmutación pensional de la prestación voluntaria de la actora, se adjuntó el cálculo actual respectivo y se indicó que la pensión otorgada por el BCH era temporal y, por tanto, el pago conmutado y a cargo del ISS iba hasta octubre de 2008. Aspectos que, valga decir, aunque fácticos, no fueron atacados por el censor y constituyen un pilar fundamental de la decisión.

De igual forma, se precisa que tampoco se desconoció que el ISS, en virtud de la citada conmutación, pagó las mesadas que restaban de la pensión anticipada de vejez en los términos que el BCH la concedió, es decir, incluyendo la respectiva mesada catorce, pues nótese que el recurrente en el escrito inicial expresó que ese derecho accesorio solo le fue suspendido en octubre de 2008, una vez el ISS le otorgó la pensión legal de vejez y, por eso, es que incoa su pago a partir de esa fecha.

Ahora, es de anotar que cuestión distinta es la que atañe a la prestación otorgada por el ISS mediante la Resolución n° 049893 del 29 de octubre de 2008, modificada por la n° 006591 de 23 de febrero de 2009, pues, como se dijo, aquella es de orden legal y le fue concedida a la actora en atención al cumplimiento de los requisitos de edad y semanas de cotización establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, en concordancia con el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y no en virtud de la conmutación pensional realizada con el BCH.

De esta manera, desacierta la censura al estimar que los derechos accesorios con que se reconoció el derecho pensional por parte del Banco tuviesen que mantenerse en la pensión legal de vejez del ISS, pues, se itera, esta última prestación se causó de manera posterior, independiente y bajo presupuestos normativos distintos a los derivados del acuerdo conciliatorio y a la conmutación pensional y, por tanto, aspectos como el relacionado con la mesada catorce debían regirse por lo dispuesto para la época en que la demandante reunió los requisitos (octubre de 2008). En ese orden, tampoco erró el juez de apelaciones al referir que a la fecha en que la actora causó la pensión legal de vejez, el goce de la mesada catorce se había limitado, en razón a la reforma introducida por el A.L 01 de 2005, y solo las pensiones que no superaban los 3.s.m.l.m.v tenían derecho a percibirla, caso que no era el suyo.

De otra parte, es pertinente aclarar que al ser la pensión, otorgada por el BCH, de carácter voluntario y temporal, se descarta la procedencia de la compatibilidad pensional con la legal otorgada por el ISS, incluso en lo correspondiente al monto de la mesada catorce, pues, como se indicó, estas prestaciones no concurrieron en el tiempo y este aspecto de «no compartibilidad pensional» obedeció al querer de las mismas partes que acordaron, entre otros aspectos, que la pensión anticipada y voluntaria (i) no sería transmisible o sustituible; (ii) se concedería hasta el reconocimiento de la legal de vejez o invalidez y (iii) no quedaría a cargo del empleador el pago de una eventual diferencia que se diera. De lo que se sigue que las cotizaciones mensuales al sistema de pensiones, a las que también se comprometió el Banco a realizar en favor de su ex trabajadora hasta el reconocimiento de la pensión por parte del ISS, tampoco desdibujaron ese carácter restringido y no compartido de la prestación anticipada.

(...)”

Bajo la anterior premisa, resulta equivocado el juicio realizado por el juez de instancia al establecer la procedencia

del pago de la mesada 14, por cuanto la misma fue reconocida y pagada de manera temporal en virtud de la conmutación pensional y bajo el cálculo actuarial realizado en su momento, sin que la pensión de vejez reconocida por Colpensiones pueda desatender los marcos legales vigentes para el momento de su causación y disfrute, esto es bajo la vigencia del acto legislativo 01 de 2005.

Bajo la reseña jurisprudencial se destaca que la pensión reconocida por el BCH fue voluntaria y anticipada y estaba sometida a una condición resolutoria es decir era temporal hasta tanto el ISS - hoy Colpensiones- reconociera la pensión de vejez. Las diferencias pensionales como se estableció en el acuerdo conciliatorio celebrado entre el banco y la parte demandante, quedaron a cargo del banco por lo que no hay causa para imponer tal condena en la forma como lo hizo el juez de primera instancia.

La naturaleza de la pensión que le fue reconocida al actor por el Banco Central Hipotecario, se establece del acta de conciliación visible a folios 7 a 9 del expediente, suscrita ante el Ministerio del Trabajo en la que el Banco Central Hipotecario y el demandante dejaron consagrados los términos de la terminación del contrato por mutuo acuerdo y efectuaron otras concesiones entre las que se advierte el reconocimiento pensional, en los siguientes términos:

“(…)

5. Adicionalmente el Banco le reconoce al (a la) trabajador (a) a partir del nueve (9) de septiembre del año dos mil (2000) una pensión vitalicia especial de las mismas características y condiciones a las contenidas en la pensión contemplada en los artículos 94, 97 y 98 del Reglamento Interno de Trabajo.

6. El Banco pagará el 100% de la pensión especial a que se refiere el punto anterior única y exclusivamente hasta el momento en que el (la) ex trabajador (a) cumpla los requisitos de la pensión de vejez del régimen de Prima Media con Prestación Definida (ISS) y con anterioridad a esa fecha, hasta el momento en que el (la) ex trabajador (a) fallezca o se le reconozca una pensión de invalidez o de vejez por el Régimen de Ahorro Programado a través de una Administradora de Fondos de Pensiones. Solo quedará a cargo del Banco la diferencia entre las dos pensiones, de existir.

(...)

9. El Banco, mientras el pensionado reúna los requisitos de pensión del régimen general de pensiones, pagará por el (la) trabajador (a), tomando como base de cotización el monto de la mesada pensional, el 100% de la cotización al Sistema del Régimen General de Pensiones a que se encuentra afiliado (a) por los riesgos de invalidez, vejez y Muerte y de la Mesada Pensional se descontará el 100% de la cotización por el riesgo de salud, la cual está a cargo en su totalidad del (la) pensionado (a) especial.

(...)”

De los anteriores extractos se desprende que la pensión reconocida al actor obedeció a una pensión voluntaria, anticipada y de carácter temporal, siendo que se limitó su pago hasta el momento en que el ex trabajador cumpliera los requisitos de la pensión de vejez del régimen de Prima Media con Prestación Definida (ISS) y con anterioridad a esa fecha, hasta el momento en que el extrabajador falleciera o se le reconociera pensión de invalidez o se reconociera la pensión de vejez por el RAIS.

En el acta de conciliación se señaló que quedaría solo a cargo del banco la diferencia entre las 2 pensiones, por lo cual se tiene que tal pacto vincula al demandante y el Banco Central Hipotecario, obligación que no era factible trasladar al ISS en virtud de la conmutación pensional efectuada, dado que la administradora pensional no fue la que se comprometió a efectuar tal pago. Es por esto, que en la Resolución No. 324 de 2004, se habla es de un grupo de personas con expectativa a compartir la pensión (dentro de los que se encuentra el demandante), pues para poder efectuarlo se requería que se

dejara provisionado el dinero dado que con motivo de la conmutación no se adquiere la condición de empleador pues se trata de un simple pagador de pensiones, que en virtud de un contrato y un pago efectuado por la empresa empleadora, se encarga de efectuar el pago de las pensiones.

Así las cosas, como de la Resolución GNR 302847 de 2015, se desprende que al actor se le reconoció la pensión legal de vejez a partir del 30 de septiembre de 2012, se tiene que para dicha data, se había extinguido el pago de la mesada 14, por disposición expresa del inciso 8 del artículo 1° del acto legislativo 01 de 2005, que estableció:

“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, aún cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento”.

Adicionalmente, se tiene que tampoco se advierte que se estuviera dentro de los eventos contemplados en el párrafo transitorio 6o. del acto legislativo aludido, pues este establece: *“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”.*

En consecuencia, se revocará la decisión apelada, para en su lugar absolver a Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Baudelino Rojas Torres.

Costas en ambas instancias 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: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 20 de mayo de 2021, para en su lugar absolver a la demanda Colpensiones de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por Baudelino Rojas Torres, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en las dos instancias a cargo del demandante. Se fija como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$200.000 y en primera instancia en 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 \$200.000 y en primera instancia la suma 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 HILDA AYALA
CONTRA COLEGIO SANTA ANA DE FONTIBON

RADICADO: 11001 3105 021 2019 00205 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 del demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 2 de diciembre de 2020.

En esta instancia, se allegaron alegatos por la apoderada de la demandada en los que solicitó tener en cuenta los

argumentos expuestos ante el juzgado de primera instancia, así como, se confirmara la decisión.

I. ANTECEDENTES

El demandante solicitó que se declarara que existió un contrato de trabajo a término fijo entre las partes, que se encontraba en fuero de estabilidad laboral reforzada por salud al momento del despido y por tanto se debía declarar la ineficacia del despido, en consecuencia, se procediera a su reintegro y al pago de salarios y prestaciones sociales entre la fecha del despido y el reintegro efectivo junto con el pago de la indemnización de la Ley 361 de 1997, al pago de las prestaciones sociales del año 2016 y 2017 que se le adeudaba, al pago de los descuentos practicados por los años 2016 y 2017. Subsidiariamente solicitó el pago de la indemnización por despido injusto.

En sustento de sus pretensiones mencionó que ingresó a laborar el 1° de enero de 2006, con el colegio Santa Ana de Fontibón, mediante un contrato de trabajo a término fijo, ocupando el cargo de servicios generales; que con el referido colegio existió una continuidad laboral mediante la suscripción de varios contratos a término fijo; que venía padeciendo de una enfermedad denominada hipoacusia progresiva severa desde hacía 9 años relacionado con la exposición a ruido en el colegio; que siempre le renovaron los contratos sin embargo con ocasión a la enfermedad sufrida no volvió a ser renovado; que la relación laboral se mantuvo durante 11 años hasta que el 27 de octubre de 2017, la

demandada decidió dar por terminado de manera unilateral el contrato de trabajo para el día 31 de diciembre de diciembre de 2017.

Cómo fundamento normativo citó los artículos 25 de la CP, los artículos 57 y 64 del CST, Ley 50 de 1990, el artículo 22 de la Ley 911 de 2004, los artículos 2 y 3 de la Ley 266 de 1996, el Decreto 412 de 1992 y el Decreto 1761 de 1991.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El Colegio Santa Ana de Fontibón, contestó la demanda, manifestando su oposición a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, por cuanto entre las partes existieron 2 modalidades de contrato a término fijo, este es, a término fijo de uno a tres años y a término fijo inferior a un año, que dentro del término de ley siempre pagó sus obligaciones laborales, que no existió contraprestación en especie, que nunca se hicieron descuentos, que la terminación del contrato se dio por vencimiento del mismo conforme al protocolo establecido para ello, en lo referente a la situación de salud, refirió que la actora no informó trámite alguno sobre su valoración, no entregó restricciones o recomendaciones médicas, ni solicitó apoyo en la parte médica, por lo que no tenían conocimiento de lo aducido. Propuso las excepciones de mérito que denominó: Pago de la obligación, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, inexistencia de la relación laboral, mala fe, inexistencia de pagos a la seguridad social integral y la genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 2 de diciembre de 2020, el Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre la señora HILDA AYALA y el COLEGIO SANTA ANA DE FONTIBON S.A.S existieron los siguientes contratos de trabajo a término fijo:

- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2006
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2007
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2008
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2009
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2010
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2011
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2012
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2013
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2014
- Entre el 1° de enero y el 31 de diciembre de 2015
- Entre el 1° de febrero hasta el 30 de noviembre de 2016
- Entre el 1° de febrero hasta el 30 de noviembre de 2017

SEGUNDO: DECLARAR PROBADAS las excepciones de pago de la obligación, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido propuestas por la demandada.

TERCERO: NEGAR LAS DEMÁS PRETENSIONES incoadas por la señora HILDA AYALA en contra del COLEGIO SANTA ANA DE FONTIBON S.A.S

CUARTO: CONDENAR EN COSTAS a la demandante y a favor de la demandada. Liquidense por secretaría con la suma de \$400.000 como agencias en derecho.

QUINTO: CONSÚLTESE la presente sentencia con Superior, por ser adversa a la demandante.

Como fundamento de su decisión argumentó que atendiendo las documentales allegadas y las demás pruebas practicadas se podía colegir que entre las partes existieron 12 contratos de trabajo, que al finalizar cada contrato se pagó la liquidación final de prestaciones sociales y que durante el 2016 y 2017 no había pago del salario en especie (suministro de habitación ocupada en el Colegio).

De otra parte, se refirió que atendiendo lo señalado en la Ley 361 de 1997, la sentencia SU-049 de 2017 (que establece

que la estabilidad reforzada no solo se circunscribe a quienes han sido calificados con PCL) y lo expuesto por la C.S.J., S.C.L., en sentencia SL2586-2020 (los dictámenes de las juntas no constituían prueba solemne por lo que había libertad probatoria para determinar la condición especial de salud) y verificadas las pruebas, no se advertía que la demandante tuviera serios problemas de salud que le impidieran realizar sus funciones, puesto que no se allegaron incapacidades médicas ni recomendaciones laborales de donde esto se pudiera colegir.

Adicionalmente, resaltó que las pruebas daban cuenta que la demandante asistió a consultas durante el año 2009 y 2010, por hipoacusia sin que ello fuera impedimento para las distintas vinculaciones entre las partes y que los otros diagnósticos eran aislados y se trataban de situaciones desarrolladas durante el año 2017, sin que pudieran demostrar una limitación física, por lo que al no evidenciarse una enfermedad de tal envergadura que afectara de manera sustancial la realización de las funciones no se configuraba estabilidad laboral reforzada y que en todo caso y en gracia de discusión tampoco se acreditó que se hubiera puesto en conocimiento del empleador las situaciones adversas de salud que padecía.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandante sustentó el recurso de alzada en que no se le dio valor a las pruebas allegadas por cuanto de las mismas se establecía que la actora venía en un

tratamiento médico y si bien se manifestó que ella podía efectuar sus labores, ello era así porque le tocaba, especialmente cuando la misma Corte Constitucional había indicado que esos despidos realizados a un trabajador que se encontrara en debilidad manifiesta activaba la presunción de que el despido había sido efectuado sin justa causa y que la carga de la prueba se invertía, correspondiendo al empleador demostrar que el despido no se dio por la circunstancia de salud, resaltado que no se demostró ante el despacho que la causal no tuviera como origen la discriminación y que las negaciones indefinidas efectuadas por el representante legal en el interrogatorio de parte debieron ser demostradas.

De igual forma, trajo a colación la sentencia T-002 de 2020, de donde se podía concluir que el despido había sido realizado sin justa causa y que el mismo versaba sobre el hecho de las afirmaciones realizadas por la parte demandante que debían ser desvirtuadas por la parte demandada y no probadas por la demandante, adicionalmente, señaló que tampoco se valoró que en el interrogatorio de parte quedó demostrado que se otorgaron los permisos, de manera que al estar en un tratamiento se le atribuía el fuero de salud y debilidad manifiesta por lo que era evidente que la demandante debió ser despedida con autorización del Ministerio del Trabajo para que pudiera ser apartada de su oficio.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A 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 resultaba procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que como hechos no debatidos en esta instancia, se tiene que entre las partes existieron 12 contratos de trabajo a término fijo, en virtud de los cuales la demandante se desempeñó en el oficio de servicios generales y que el último de los contratos acaeció entre el 1° de febrero hasta el 30 de noviembre de 2017.

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:

“(…)

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.

(…)”

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.”

De conformidad con la normatividad y el precedente citado, se tiene que para ser beneficiario de la garantía de estabilidad laboral reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una afectación de salud relevante, lo que implica que se pruebe una limitación física que acarree una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conozca el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se termine 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, y dado que el reparo del recurrente gira en torno a no haberse dado valor probatorio a las pruebas allegadas y practicadas, se procederá a analizar, si en el caso concreto el demandante cumplía con los requisitos previamente señalados para ser beneficiario de la garantía deprecada.

Así tenemos que a folios 41 a 52, se aprecian diversos documentos de interconsulta expedidos por la EPS SANITAS, de los que se colige que la demandante presenta el diagnóstico de Hipoacusia derecha moderada a severa conforme se desprende de la documental obrante a folio 41, en la que se establece tal diagnóstico por evaluación de la Junta de Hipoacusia y se reseña “amplificación oído derecho”, documento que cuenta con radicación a la EPS del 20 de diciembre de 2017, igualmente, resulta relevante la documental obrante a folio 42, de fecha 27 de septiembre de

2017, en la que se registró en el acápite resumen de historia clínica, lo siguiente:

“MOTIVO DE CONSULTA: “OIGO MAL” ENFERMEDAD ACTUAL: PACIENTE QUIEN SE DESEMPEÑA EN COLEGIO EN SERVICIOS GENERALES. HE VENIDO PRESENTANDO HIPOACUSIA PROGRESIVA DESDE HACE APROX NUEVE AÑOS. REFIERE ADEMÁS DETERIORO DE LA DISCRIMINACIÓN DEL LENGUAJE. SE REALIZARON AUDIOLÓGICOS FECHADOS 14 DE SEPT 2017. AUDIOMETRÍA EVIDENCIA HIPOACUSIA NS BILATERAL ASIMÉTRICA. O DER HIPOACUSIA NS MODERADA A SEVERA O IZQ HIPOACUSIA NS MÍNIMA A LEVE LOGO AUDIMETRIA 80% O DERECHO A 90 DB 100% O IZQ A 65 DB. PTA DERECHO 63.3 DB IZQ 28.3 DB. IMPEDANCIOMETRIA CURVAS TIPO AS BILATERAL. LA PACIENTE CONSIDERA QUE SU PROBLEMA AUDITIVO SE RELACIONA CON EXPOSICIÓN A RUIDO EN EL COLEGIO DONDE LABORÓ Y DESEA QUE SE LE VALORE EN MEDICINA LABORAL. YA FUE VALORADA CON RNM CEREBRAL QUE FUE NORMAL Y DESCARTÓ PATOLOGÍA DE ÁNGULO PONTOCEREBELOSO. SE REMITE PARA EVALUACIÓN Y MANEJO.”

De los anteriores documentales se desprende que la actora presenta una hipoacusia del oído derecho moderada a severa en forma previa a la terminación del contrato, no obstante, no es posible establecer que tal diagnóstico hubiere generado la expedición de incapacidades, recomendaciones y/o restricciones medicas u ordenes de reubicación, por cuanto ninguno de estos documentos fue allegado, ni obraba calificación de pérdida de capacidad laboral, de donde se pudiera colegir que la demandante presentaba una afectación de salud relevante en los términos expresados por la C.S.J. y que la misma interfería en modo alguno en las funciones y/o actividades ejecutadas por la demandante en favor de la demandada, siendo que la misma demandante reconoció en el interrogatorio de parte que pese al desarrollo de su afección pudo ejecutar sus funciones y siguió trabajando.

Adicionalmente, se advierte que lo anterior tampoco fue factible colegirlo de los testimonios rendidos por los señores Luis Ariel Toca (quien trabajó en el colegio Santa Ana a mediados de 2013 – 2014 para hacer reparaciones locativas) y María Etelvina Ayala (hermana de la demandante quien refirió haber trabajado para la demandada en labores varias del 2004-2006), siendo que el primero refirió que la señora Hilda le había contado que presentaba un enfermedad auditiva pero que siempre la vio trabajando y la segunda refirió que le colaboraba a la hermana para llevarla al médico cuando le dolía la cabeza, el oído y cuando tuvo un incidente en un dedo y que para el momento del despido estaba bajo valoración del médico particular por un problema auditivo al que había sido redireccionada por el colegio y que esto lo sabía por lo que su hermana le contaba y por tanto ella la acompañaba a las citas, no obstante, nada mencionó respecto a que dicho padecimiento le impidiera ejecutar sus funciones.

Ahora y si bien, se advierte que en el interrogatorio de parte rendido por el representante legal y de los testimonios rendidos por las señoras Martha Inés Martínez (contadora del colegio desde hacía 15 años y prima del representante legal) y Piedad Mendoza (coordinadora académica del colegio y refirió pertenecer a la planta administrativa del colegio los últimos 30 años prima del representante legal), se colige que la actora pidió permisos para citas médicas o trámites médicos, lo cierto es que el representante legal de la demandada refirió que la misma nunca le manifestó que fueran para enfermedad auditiva y las testigos aludidas refirieron desconocer para que eran los mismos, por lo que de tales afirmaciones no era

posible establecer que la actora estuviera en un tratamiento médico, pues se desconoce la continuidad y cantidad de los permisos concedidos, la situación médica por la que eran solicitados y en todo caso no se allegaron documentos médicos que permitieran establecer que la demandante estuviera en curso de un tratamiento médico.

Lo anterior, debe valorarse además considerando que los documentos médicos allegados con la demanda no cuentan con recibido alguno del colegio demandado, por lo que no es factible establecer que estos eran de conocimiento del Colegio Santa Ana de Fontibón, en especial por cuanto esto ha sido negado enfáticamente desde la contestación de la demanda.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL-5700-2021, se indicó “(...) *las personas pueden presentar una condición de salud que no necesariamente implica para el trabajador una situación de discapacidad, y si bien efectivamente generan una incapacidad temporal y que, inclusive puede tener una garantía específica en la normatividad, no implica que lo sea bajo las normas forales de estabilidad laboral reforzada contenidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*”, agregándose más adelante, “*Debe señalarse que la sola consideración de aplicar el amparo a una persona con cierto nivel de discapacidad, aun cuando esta le permita su participación autónoma y plena en el campo laboral, puede considerarse, en sí misma como discriminación, al no reconocerse esa capacidad real que el trabajador posee para desempeñarse en el rol laboral.*”.

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, pues el causal probatorio no da cuenta de una afectación de salud relevante conforme al criterio de la C.S.J. S.C.L., ni que esta fuera de conocimiento del empleador no puede predicarse un nexo de causalidad con la terminación del contrato efectuada, necesaria para conceder la protección deprecada, por lo que se procederá a confirmar la decisión del a quo.

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 16 de diciembre de 2020, 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 RAUL
SASTOQUE RODRIGUEZ CONTRA CONJUNTO
RESIDENCIAL EL SALITRE PH MONSERRATE**

RADICADO: 11001 3105 005 2018 00594 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de octubre de 2020.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara la existencia de un contrato de trabajo entre las partes durante el periodo comprendido entre mayo de 1998 y mayo de 2018, que consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales y vacaciones, por todo el tiempo laborado, así como, al pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T. y a las costas del proceso.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que suscribió contrato de prestación de servicios de administración de propiedad horizontal para desempeñarse como administrador en la demandada, que recibió como contraprestación inicial la suma de \$839.000, la que se fue reajustando; que la labor fue ejecutada de manera personal atendiendo las instrucciones suministradas por el empleador y cumpliendo con los horarios estipulados en el contrato; que la relación contractual se mantuvo por 20 años hasta que en el mes de mayo de 2018, el conjunto demandado decidió dar por terminado el contrato

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones y negando todos los hechos. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que entre las partes no existió un contrato laboral pues se suscribieron varios contratos de prestación de servicios conforme a la Ley 675 de 2001, sin que se dieran los

elementos de un contrato de trabajo, siendo el demandante independiente en su actividad, razón por la que este pagaba su seguridad social y prestaba servicios a otros conjuntos sin mediar subordinación alguna. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de causa y título para pedir, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, pago y las que fueran decretadas conforme a la ley.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de octubre de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER al CONJUNTO RESIDENCIAL EL SALITRE PROPIEDAD HORIZONTAL MONSERRATE de todas y cada una de las pretensiones invocadas por el señor RAÚL SASTOQUE RODRÍGUEZ.

TERCERO: COSTAS inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro (4) salarios mensuales legales vigentes a cargo de la parte demandante señor RAÚL SASTOQUE RODRÍGUEZ.

CUARTO: en caso de que este fallo no fuere apelado consúltese con el superior a favor del señor demandante RAÚL SASTOQUE RODRÍGUEZ.”

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que el demandante prestó el servicio como administrador de la propiedad horizontal desde 1998 hasta el 2018, activando así la presunción del artículo 24 del C.S.T. Mencionó que atendiendo las pruebas allegadas y practicadas en el curso del proceso se desvirtuó la presunción de existencia del contrato, pues los testimonios recepcionados daban cuenta de la autonomía con la que contaba el actor para ejecutar sus actividades, lo que también podía colegirse del interrogatorio de parte y documentales

allegadas, de las que se evidenció que el demandante tenía experiencia personal en la prestación de servicios para diferentes conjuntos e incluso fungió como representante legal de una sociedad familiar dedicada a la administración de propiedades Horizontales, a través de la que se efectuaron los aportes al SGSS.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar la existencia de un contrato de trabajo desde el mes de mayo de 1998 hasta el mes de mayo de 2018 y en caso afirmativo estudiar si resulta procedente acceder a las condenas pretendidas con la demanda.

Para resolver sobre la existencia de un contrato de trabajo, se deben considerar los artículos 22, 23 y 24 del C.S.T., pues estos contemplan la definición del contrato de trabajo, sus elementos y la presunción según la cual, toda relación de trabajo está regida por un contrato de trabajo, de suerte que si se acredita que hubo un servicio personal y remunerado, debe quien pretenda desconocer la presunción legal contemplada en el artículo 24, probar que la prestación no fue ejecutada bajo subordinación.

En este caso, se advierte que como se señaló por el a quo la prestación personal del servicio del actor como administrador del conjunto el salitre PH Monserrate, se encuentra

acreditada, pues así se desprende de lo indicado por el representante legal en el interrogatorio de parte, de las cuentas de cobro (fl. 2-22), de contratos de prestación de servicios allegados (fl. 23-38) y de los testimonios recepcionados.

Sin embargo, no puede pasarse por alto, que en el interrogatorio de parte, rendido por el demandante este manifestó ser economista de profesión, reconoció que tenía una empresa familiar denominada RS Cia Ltda, conformada por él, su esposa y sus hijos, empresa de la cual era representante legal; que tenía como finalidad ofrecer servicios de administración y que funcionaba mediante administradores delegados, entre ellos sus hijos; pero que por ser él, el representante legal figuraba como representante de las copropiedades; reconoció la hoja de vida que allegó el conjunto residencial demandando y la experiencia laboral allí relacionada para administraciones delegadas la que se dio entre 1998 y 2018, lapso en el que ejerció funciones como supervisión de administradores, contratación de empresas de vigilancia, contratación de empresas de administración, supervisar contadores.

Adicionalmente los testimonios de Martha López Forero, Cesar Alberto Cruz Barrera, Marco Antonio Rodríguez Rodríguez y Julio Gómez, a instancias de la demandada, mencionaron ser residentes del conjunto demandado y manifestaron que en algún momento hicieron parte del concejo de administración; así mismo, refirieron que el demandante también era residente del conjunto demandado,

que el mismo no permanecía en el espacio dispuesto para la administración y debían preguntar o dejar razón con los celadores para ubicarlo, que tenían conocimiento que prestaba servicios a otras copropiedades; que este mismo era quien se cancelaba los honorarios y que era autónomo para realizar sus actividades.

Las anteriores pruebas resultan suficientes a juicio de esta sala para demostrar la ausencia de subordinación desplegada en la actividad ejecutada por el demandante, pues tal y como lo señaló el a quo, lo que se evidencia es el ejercicio de una profesión liberal, frente a la que incluso se contaba con una empresa familiar dedicada a tales actividades, razón por la cual 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 Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de octubre 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

**PROCESO ORDINARIO PROMOVIDO POR ALONSO
JURADO VASQUEZ CONTRA PALMAS MONTERREY S.A. y
COLPENSIONES**

RADICADO: 11001 3105 028 2019 00614 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 los demandados contra la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 18 de junio de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante formulo demanda con el objeto de que se declarara que entre el demandante y la empresa Palmas Monterrey S.A., existió un contrato de trabajo entre el 16 de mayo de 1978 y el 1 de octubre de 1999; que tal empleador no realizó aportes a pensión entre el 16 de mayo de 1978 y el 19 de mayo de 1986; que se ordene a Colpensiones a realizar el cálculo actuarial respectivo y a la empresa aludida a pagar el mismo. Solicitó se ordenara a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con los incrementos y mesadas adicionales, a la indexación de las mesadas, a lo que resulte probado ultra y extra petita y al pago de las costas procesales.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que nació el 6 de junio de 1954; que laboró para la empresa Palmas Monterrey S.A. entre el 16 de mayo de 1978 y el 1 de octubre de 1999; que la referida empresa no le cotizó a pensión por el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1978 y el 19 de mayo de 1986 y que presentó reclamación administrativa solicitando a Colpensiones el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Colpensiones contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros, con sustento en que las pretensiones recaían en la empresa Palmas Monterrey, resaltando que el actuar de la empresa no estaba encaminado a afectar o

vulnerar los intereses del demandante, ya que sus actuaciones eran la buena fe, el decoro administrativo, eficiencia y eficacia administrativa y sujeta a los reportes del sistema de RPM. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia relación contractual con empleador moroso, inexistencia cobro prejudicial y calculo actuarial presuntivo, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público.

Por su parte, la empresa Palmas Monterrey S.A. contesto oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que cuando el ISS asumió el riesgo IVM no lo hizo de manera general cobijando a todos los trabajadores sino mediante actos administrativo en forma paulatina sin que fuera posible que un empleador al que no se le hubiere efectuado un llamamiento pudiera inscribir a sus trabajadores para tales riesgos; que para el caso de la empresa este ocurrió hasta el año 1987, de modo que con anterioridad a esa fecha se encontraba en imposibilidad de realizar afiliación y pago de aportes al SGSS en pensiones, por lo que nunca omitió el cumplimiento de sus deberes legales y sin perjuicio de lo mencionado y sin estar obligado a ello, afilió al demandante en pensiones el día 20 de mayo de 1986, en la ciudad de Bogotá. Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido, pago, prescripción, buena fe y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de octubre de 2020, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor ALFONSO JURADO VASQUEZ identificado con C.C. 91.320.077 y la demandada PALMAS MONTERREY S.A. Nit: 860.009.576-1 existió un contrato de trabajo el cual estuvo vigente entre el 16 de mayo de 1978 al 1° de octubre de 1999.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PLAMAS MONTERREY S.A. a pagar a favor del demandante ALFONSO JURADO VASQUEZ los aportes a seguridad social en pensiones correspondiente al periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1978 al 19 de mayo de 1986, previo calculo actuarial que para el efecto realice Colpensiones bajo las mismas condiciones en las que realizó el cálculo actuarial que data del 13 de agosto de 2018, actualizado a la fecha correspondiente al pago, conforme se dijo en la parte motiva de esa decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada COLPENSIONES a reconocer y pagar a de la demandante la pensión de vejez en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de la misma anualidad a partir del 1° de noviembre de 2016, con un IBC del promedio de los salarios o rentas sobre los cuales cotizó el actor durante los 10 años anteriores a la fecha del reconocimiento pensional o al de toda la vida laboral si le resulta mas favorable, al cual se le deberá aplicar como tasa de reemplazo el 90%, por 13 mesadas al año, retroactivo que deberá reconocerse de forma indexada, conforme se expuso en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: AUTORIZAR a la demandada COLPENSIONES para que descuente el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes y con destino al sistema de seguridad social en salud frente al retroactivo reconocido en el numeral anterior.

QUINTO: DECLARAR no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo.

SEXTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$800.000 a cargo de cada una de estas y en favor de la parte actora.

SEPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, CONSULTESE CON EL SUUPERIOR, por ser adversa a los intereses de COLPENSIONES.

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que la demandada Palmas Monterrey S.A. no efectuó aportes a pensiones entre el 16 de mayo de 1978 al 19 de mayo de 1986, en tanto no existía obligación legal dado que no existía llamamiento obligatorio

del ISS, sin embargo, atendiendo el criterio de la C.S.J., S.C.L, adoptado desde el año 2014, en el que se abandonó la indemnidad del empleador por falta de cobertura del ISS y en sustento de lo señalado en el artículo 72 de la Ley 90 de 1946, el Acuerdo 224 de 1996¹ y lo indicado en la sentencia SL9856-2014, determinó que Palmas Monterrey S.A., debía responder por el lapso comprendido entre el 16 de mayo de 1978 al 19 de mayo de 1986, en que la pensión de vejez estaba a su cargo mediante la cancelación del cálculo actuarial que realizara Colpensiones, bajo las mismas condiciones en que tal entidad efectuó el calculo visible a folios 10-12, el que se debía actualizar a la fecha de pago.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la demandada interpuso el recurso de apelación con el objeto de que se revocara la sentencia, sustentando el mismo y señalando en las demás argumentaciones efectuadas, en resumen, lo siguiente:

Lo primero que señaló es que no se pudieron efectuar las cotizaciones a pensión en el periodo indicado por cuanto estaban en imposibilidad legal de hacerlo dado que cuando el ISS asumió los riesgos no lo hizo de manera general sino gradual dependiendo de los sectores de la población y de la región locativa y de que se efectuara el llamamiento obligatorio, siendo que el domicilio y centro de operaciones de la empresa se ubicaba en Puerto Wilches, lugar en el que el

¹ Aprobado Decreto 3041 de 1966.

demandante había prestado sus servicios frente al cual solo hubo un llamamiento del ISS hasta el año 1987.

Adicionalmente, destacó que no se podía condenar a un cálculo actuarial pues este acarreaba unas sanciones moratorias y era la consecuencia de una omisión, sin que en este caso se presentara desidia o una negativa caprichosa sino un vacío legislativo, por el que no podía ser endilgado a su representada, dado que conforme al artículo 260 del CST, para que se asumieran los riesgos de IVM o se generara el aprovisionamiento de capital se debían cumplir los requisitos allí establecidos. Finalmente, refirió que de acuerdo con el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, los aportes se efectuaban con participación del empleador y del trabajador, por lo que ante una eventual condena se debía ordenar el pago del 75% al empleador y el 25% restante al actor.

Por su parte, el apoderado de Colpensiones, al sustentar el recurso de alzada y en las demás argumentaciones, solicitó que se adicionara a los numerales de la sentencia lo relativo el retroactivo e intereses moratorios.

V. 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 resultaba procedente ordenar a la sociedad Palmas Monterrey S.A. al pago del cálculo actuarial por los aportes no realizado al sistema general de pensiones durante el periodo comprendido entre el 16 de mayo de 1978 y el 19

de mayo de 1986 y en caso afirmativo si resultaba viable ordenar el reconocimiento de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que entre el actor y la empresa Palmas Monterrey S.A. existió una relación laboral entre el 16 de mayo de 1978 y el 1 de octubre de 1999; ii) que el demandante prestó sus servicios en el municipio de Puerto Wilches - Santander y iii) que la cobertura del ISS en los riesgos de IVM en el municipio de Puerto Wilches, inició el 7 de octubre de 1992.

Para definir si procede el reconocimiento del valor del cálculo actuarial reclamado se atenderá el precedente jurisprudencial contenido entre otras, en las sentencias del 16 de julio de 2014 rad. 41745 y 43182 de 20 de octubre de 2015, proferidas por la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, que indican que si bien no es posible hablar de empleadores omisos respecto de aquellos empleadores que acudieron oportunamente al llamado por parte del Instituto de Seguros Sociales, en función de la extensión gradual de la cobertura; no por ello quedaron excluidos de cualquier tipo de responsabilidad, en la medida en que, entre tanto se garantizaba esa cobertura, seguían teniendo a su cargo los riesgos de pensión, aún sin subrogación; de manera que respecto de dichos periodos, estaban obligados a contribuir a la financiación de una eventual pensión a través de cálculos actuariales.

Tal obligación del empleador, vario con el precedente jurisprudencial, que en principio lo exonero la responsabilidad generada por el no pago de aportes para pensión en fecha anterior a aquella en que la cobertura del ISS no lo vinculaba; tesis que fue recogida para dar paso, a la de la obligación de contribuir a la financiación de la pensión de quien le prestó servicios, pagando el valor actualizado de las cotizaciones no sufragadas (sentencias del 16 de julio de 2014, Rad. 41745, y 20 de octubre de 2015, Rad. 43182).

Frente a este tema la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia con radicación 52395, señalo la orientación vertida en la sentencia CSJ SL646-2013, bajo el entendido que, ante realidades como la expedición del artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la respuesta más acoplada al sistema de seguridad social, en casos de omisión en la afiliación, es el cubrimiento de las prestaciones por el sistema de pensiones, con el recobro de los recursos a los empleadores, a través de un cálculo actuarial.

En lo que respecta al argumento relacionado con que en el evento en que se condenara al pago del calculo actuarial este debería ser asumido tanto por el empleador como por el trabajador en el porcentaje que les corresponde, debe recordarse que el periodo objeto del calculo es el comprendido entre el 19 de mayo de 1978 al 19 de mayo de 1986, momento para el cual no se contemplaba algún porcentaje de asunción por el trabajador, por lo que no resulta procedente ahora establecerlo, pues se reitera mientras el ISS garantizaba esa

cobertura, el empleador seguía teniendo a su cargo los riesgos de pensión sin subrogación.

Frente a la inclusión de retroactivo e intereses moratorios en el cálculo actuarial solicitado por Colpensiones, debe indicarse que, aunque la empresa demandada resultó condenada al pago del cálculo, no existe propiamente un empleador omiso y en esa medida se desvirtúa la prosperidad de lo solicitado.

Ahora bien, frente al reconocimiento y pago de la prestación de vejez ordenada por la juzgadora de primera instancia, debe tenerse presente que dicha solicitud solo podrá ser objeto de estudio cuando se haya realizado efectivamente la consignación del cálculo, y se tenga la totalidad de la información y recursos del demandante necesarios para la financiación de su pensión.

En consecuencia, se revocarán los numerales 3° y 4° de la sentencia proferida en primera instancia, para en su lugar absolver a Colpensiones del reconocimiento de la pensión de vejez a favor del aquí demandante, por las razones mencionadas.

Costas en esta instancia 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 los numerales 3 y 4 de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 18 de junio de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: COSTAS, en esta instancia a cargo de las demandadas. 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 DEYSI CABRERA
ARCE contra COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A. y
PROTECCIÓN S.A.**

RADICADO: 11001 3105 028 2018 00608 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 8 de julio de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante formulo demanda con el objeto de que las demandadas le reconocieran y pagaran pensión de jubilación al señor Alexander Arbey Herrera Elaika por haber cumplido los requisitos de ley, en consecuencia, se efectuara sustitución en su favor en calidad de compañera permanente y se procediera al pago del retroactivo generado, incluidos los reajustes desde el 7 de mayo de 2015 hasta cuando se dé cumplimiento a la sentencia, a los intereses de mora, a la indexación de las mesadas, a lo que resultara ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que convivió en forma permanente e interrumpida con el causante desde el 22 de marzo de 2012, hasta el día del fallecimiento del señor Alexander Arbey Herrera Elaika, que ocurrió el 8 de mayo de 2015; que el causante era quien mantenía el hogar; que el 18 de marzo de 2016, Protección S.A. dejo en reserva el 50% de la mesada pensional que le correspondía por inconsistencias en la investigación y que el 8 de mayo de 2016, la referida administradora le negó el reconocimiento pensional.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La Compañía de Seguros Bolívar S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones y refiriendo que no le constaban los hechos, con fundamento en que dicha

compañía no estaba obligada contractual ni legalmente a reconocer derechos pensionales en favor de beneficiarios de Protección S.A., toda vez que esta AFP nunca había tomado seguros previsionales con Seguros Bolívar S.A. Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de legitimación en la causa por pasiva de Seguros Bolívar S.A., la modalidad del seguro previsional no contempla que el afiliado a la administradora de pensiones tenga acción directa en contra de la aseguradora para reclamar pensión de invalidez y no se han cumplido los requisitos legales para el reconocimiento de la pensión de sobreviviente a favor del demandante.

Por su parte, Protección S.A., contesto oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. El fundamento factico y legal de su oposición radicó en que durante el trámite de la solicitud de pago de la pensión de sobrevivientes, no se logró acreditar la calidad de beneficiaria de la demandante, por no cumplir con los 5 años mínimos requeridos de convivencia ininterrumpida con anterioridad al deceso del afiliado, destacando que en entrevista realizada a la hermana del causante esta refirió que la actora era la pareja sentimental de su hermano pero que no convivía con el y que no podía pasarse por alto que la demandante en la declaración extrajuicio y en el transcurso de la investigación administrativa, manifestó que convivió con el causante desde el 6 de mayo de 2012 al 6 de mayo de 2015. Propuso las excepciones de mérito que denominó: imposibilidad de reconocer la pensión por falta de competencia, buena fe por parte de la demandada, prescripción y excepción genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR probados los medios exceptivos propuestos por la demandada PROTECCIÓN S.A.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva, propuesta por la demandada COMPAÑOA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada PROTECCIÓN S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora DAYSI CABRERA.

CUARTO: DESVINCULAR del presente litigio a la demandada COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLIVAR S.A.

QUINTO: CONDENAR en costas a la parte demandante, y en favor de la demandada Protección S.A., las cuales serán tasadas por secretaria una vez ejecutoriada esta providencia. Inclúyase la suma de \$600.000 por concepto de agencias en derecho.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión remítase al Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado señaló que no se había dejado causado el derecho a la pensión de jubilación siendo que el causante contaba solo con 377,29 semanas cotizadas, acto seguido, procedió a verificar si se dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, encontrando afirmativa tal situación, en tanto que el causante cotizó 129,42 semanas en los 3 años anteriores al deceso, no obstante, se indicó que la actora no acreditó el requisito de la convivencia en los 5 años anteriores al fallecimiento, conforme al criterio de la Corte Constitucional, expuesto en la sentencia SU-149/2021 (que fue el acogido por la juzgadora), ni de los 2 años determinado

por la Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento del 2020, análisis que efectuó bajo ambos criterios.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 69 del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente efectuar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la señora Deysi Cabrera Arce, en calidad de compañera permanente del señor Alexander Arbey Herrera Elaika.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia respecto a los siguientes puntos: i) que el señor Alexander Arbey Herrera Elaika, falleció el 6 de mayo de 2015; ii) que el señor Herrera Elaika, no contaba ni con el capital ni con las semanas para haber dejado causado el derecho a la pensión de vejez, considerando que contaba con el equivalente a 277,29 semanas cotizadas, teniendo como parámetro que para obtener la garantía de pensión mínima se requiere el equivalente a 1150 semanas cotizadas según se desprende del artículo 65 de la Ley 100 de 1993; iii) que Protección S.A., mediante comunicación del 18 de marzo de 2016, reconoció el 50% de la mesada de pensión de sobrevivencia a Laura Sthefania Herrera Rojas, en calidad de hija menor de 18 años, a partir del 6 de mayo de 2015, en cuantía inicial de 385.915; iv) que Protección S.A. mediante comunicación del 9 de julio de 2016, indicó que ante la existencia de versiones contradictorias respecto a la convivencia real de la actora con el causante determinó que el 50% de la pensión continuaría

en reserva hasta que se decidiera por la jurisdicción ordinaria laboral y v) que Protección S.A. no tenía contratado seguro previsional con la compañía de Seguros Bolívar S.A.

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 Alexander Arbey Herrera Elaika, ocurrió en vigencia de dicha normatividad (6 de mayo de 2015).

Así, se tiene que el **numeral 2° 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 afiliado al sistema que fallezca, siempre y cuando éste hubiere cotizado cincuenta semanas dentro de los tres últimos años inmediatamente anteriores al fallecimiento

A su turno, el **artículo 74 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, en los siguientes términos:

“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 superviviente, 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).

(...)”

De la anterior normativa, se colige que cuando la pensión de sobrevivientes se causa por la muerte de un afiliado, se tendrá derecho a la pensión si el causante ha cotizado al menos 50 semanas en los 3 años anteriores a la muerte, advirtiéndose que el causante en efecto dejó causado el derecho, pues entre el 7 de mayo de 2012 al 6 de mayo de 2015, acreditó más de 129 semanas cotizadas, según se desprende de la historia laboral del causante que fue allegada por Protección S.A. (fl. 142 y ss).

En lo que toca con el requisito de la convivencia que se debe acreditar, la SL4318-2021, acata la CC SU-149-2021 en el que se fija como presupuesto la convivencia los 5 años, sin diferencia si el causante es pensionado o afiliado, con la aclaración de voto que mantiene como un criterio razonable el de los 2 años en el caso del afiliado.

Bajo la premisa anterior, no se cumple con el presupuesto de convivencia, ya que desde el escrito de la demanda se indicó que convivió con el causante desde el 22 de marzo de 2012, hasta su fallecimiento, es decir, por espacio de 3 años, lo cual fue corroborado en el interrogatorio de parte absuelto por la demandante.

En el mismo sentido, se expresaron los testimonios solicitados a instancia de la parte actora, los cuales incluso con las previsiones efectuadas por la juzgadora de primera instancia frente a estos, consistentes en no darle valor probatorio a la declaración del señor Aquimin Duarte Benavides, por haber estado conectado en la audiencia virtual durante el interrogatorio de parte de la demandante¹ y las inconsistencias presentadas en el testimonio del señor Alberto Segura, pues además de no presentar su documento de identidad en la diligencia y concederse hasta el final del día para que se allegara el mismo, sin que se procediera de conformidad, en su declaración refirió no recordar el apellido del causante y la fecha de fallecimiento del mismo, se tiene que en todo caso, en tales declaraciones se reseña una convivencia por el tiempo anunciado por la demandante, tiempo que resulta insuficiente para el reconocimiento pensional, conforme al criterio expresado por la Corte Constitucional y acatado por nuestro órgano de cierre.

En ese orden de ideas se concluye que la demandante no cumple con el tiempo mínimo de convivencia exigido, por lo que se, procederá a conformar la decisión.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto, la Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de

¹ Pese a que se le solicitó desconectarse de la llamada y se hizo la salvedad al apoderado de la parte actora.

**Bogotá, D. C., administrando justicia en nombre de la
República y por autoridad de la Ley,**

RESUELVE:

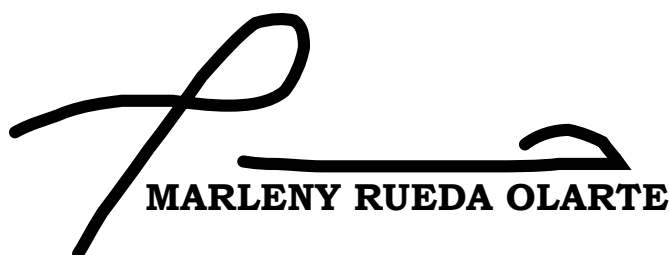
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el
Juzgado Veintiocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de
fecha 8 de julio de 2021, de conformidad con las razones
expuestas en la parte motiva.

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 SANDRA MILENA
BERMUDEZ MENDIETA CONTRA FRESENIUS MEDICAL
CARE ANDINA SAS**

RADICADO: 11001 3105 005 2019 00202 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio de dos mil veintidós (2022).

SENTENCIA

La Sala Sexta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, procede a revisar en grado jurisdiccional de consulta la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 22 de enero de 2021.

I. ANTECEDENTES

La demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo, cuya terminación era imputable al empleador, por lo que la comunicación de aceptación de renuncia del 26 de abril de 2016, debía dejarse sin efectos, en consecuencia, se dispusiera el reintegro a un cargo igual o superior al que desempeñaba y el pago de salarios y prestaciones sociales desde el momento de aceptación de la renuncia hasta cuando se hiciera efectivo el reintegro, al pago de intereses comerciales y moratorios sino se cumple dentro del término la sentencia, a la actualización de las sumas y a las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que suscribió contrato de trabajo con la demandada el 19 de febrero de 2015, para desempeñar el cargo de auxiliar de calidad II; que el 13 de octubre de 2015, sufrió accidente de trabajo, consistente en caída desde su propia altura, el que fue calificado como de origen laboral por la EPS Cruz Blanca y que le dejó una secuela de epicondilitis lateral del codo izquierdo; que el 17 de diciembre de 2015, la referida EPS expidió recomendaciones médicas, no obstante la empresa había sido renuente en cumplirlas; que para agosto y septiembre de 2015, la demandada la trasladó a la planta que la empresa posee a las afueras de Bogotá (Siberia), lo que incrementó sus gastos personales y dificultó sus responsabilidades de madre soltera, que en razón a lo anterior

y dado que no se estaban garantizando las recomendaciones médicas, se vio compelida a presentar renuncia irrevocable.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose a las pretensiones distintas a la existencia de relación laboral, aceptó algunos hechos y negó otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que la terminación del contrato de trabajo obedeció a la voluntad libre de la demandante exteriorizada en la carta de renuncia irrevocable del 15 de abril de 2016, adicionalmente, aludió que no se cumplían los supuestos jurisprudenciales para la configuración de despido indirecto, pues ninguna de las causales aducidas se ajustaba a alguna de las causales previstas en el literal b del artículo 62 del C.S.T., precisando que en todo caso la empresa cumplió a cabalidad las recomendaciones médicas de la trabajadora, que no se trasladó a la demandante de forma caprichosa, pues este sucedió con ocasión del cambio de sede de la compañía y no se cumplió con la carga probatoria, que el reintegro no operaba sino para determinados eventos por ejemplo en las terminaciones de personas con fuero y que en el asunto bajo estudio no existió una terminación unilateral por la empresa sino por renuncia de la demandante.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: falta de causa en las pretensiones de la demanda, inexistencia de vicios del consentimiento, inexistencia de causal de reintegro, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, prescripción e innominada o genérica.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 22 de enero de 2021, el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: *NEGAR las pretensiones formuladas por la señora SANDRA MILENA BERMUDEZ en contra de la sociedad FRESENIUS MEDICA CARE ANDINA S.A.S., por las razones expuestas. Consecuencialmente ABSOLVER a la demandada de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demandada.*

SEGUNDO: *DECLARAR PROBADA las excepciones de INEXISTENCIA DE CAUSAL DE REINTEGRO, INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, COBRO DE LO NO DEBIDO, respecto de las demás pretensiones, propuestas por la demandada FRESENIUS MEDICA CARE ANDINA S.A.S.*

TERCERO: *CONDENAR en costas de la instancia a la parte demandante. Tásense. Incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a \$600.000.*

CUARTO: *por ser totalmente desfavorable la sentencia a las pretensiones de la demandante, se ordena el grado jurisdiccional de consulta ante el Superior para que revise la legalidad de lo sucedido.”*

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado determinó que atendiendo las pruebas allegadas y conforme a lo establecido en los artículos 60 y 61 del CGP, se tenía que a la terminación del contrato la demandante no contaba con ningún tipo de calificación que estableciera una PCL, por lo que no ostentaba calidad de sujeto de especial protección constitucional, siendo que no estaba inmersa en incapacidad, tratamiento y/o en alguna situación de salud.

Adicionalmente, se mencionó que estaba acreditado que las recomendaciones médicas expedidas fueron acatadas por la empresa como se evidenciaba en el informe de medicina ocupacional y que la terminación no se dio por el empleador prerrequisito establecido en la norma regulatoria sobre el reintegro, de igual forma y aunque se indicaron razones

imputables al empleador para la terminación del contrato, correspondientes a no haber acatado las recomendaciones medicas y el traslado de sede hecho por la empresa (Siberia), respecto al traslado debía tenerse en cuenta que ello no colindaba con el reintegro, en este caso debió aducirse un despido indirecto que no fue invocado, el que en todo caso tampoco se acreditó.

IV. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A 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 resultaba procedente el reintegro y las demás pretensiones derivadas de ello.

En primer lugar, debe señalarse que como hechos no debatidos en esta instancia, se tiene que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 19 de febrero de 2015 y el 26 de abril de 2016, el cual terminó por renuncia de la demandante y en virtud de cual se desempeñó como auxiliar de calidad 2 y recibió un salario de \$969.300.

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:

“(…)

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

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.”

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 laboral reforzada, se debe acreditar que se cuenta con una afectación de salud relevante, lo que implica que se pruebe una limitación física que acarree una pérdida de capacidad laboral igual o superior al 15%, que el empleador conozca el estado de salud del trabajador y que la relación laboral se termine 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, lo primero que debe analizarse es si se encuentra probada la limitación física de la actora, debiéndose señalar sobre el particular que del caudal probatorio allegado, se evidencia que aunque en efecto la demandante sufrió un infortunio laboral el 13 de octubre de 2015, no existen incapacidades y/o tratamientos médicos en curso que acreditaran la existencia de una condición especial de salud al momento en que finalizó el contrato, pues no se allegó documental alguna en este sentido y tampoco existe soporte

que permita determinar la existencia de una PCL en el porcentaje aludido, pues el dictamen allegado, expedido por Cruz Blanca EPS, solo establece el origen como laboral del infortunio sucedido “S500 contusión del codo izquierdo”.

Ahora y si bien se advirtió que el departamento de medicina laboral de la EPS cruz blanca, expide en el mes de diciembre de 2015, recomendaciones médicas a la demandante, las cuales se recibieron el 28 de diciembre de 2015, según recibido de la empresa (fl. 150-153), también se aprecia que la demandada allegó certificación expedida por profesional de salud ocupacional adscrito a esta, en la que se informa entre otras cosas que se efectuó inspección al puesto de trabajo el 26 de enero de 2016, con el fin de constatar el cumplimiento de las recomendaciones médicas, confirmándose en correo electrónico de la jefe inmediata sobre el cumplimiento de estas y que continuo con manejo de la ARL por accidente de trabajo, aspectos que se encuentran acreditados con las documentales visibles a folios 129 – 133 y 148 y ss, como se señaló por el a quo.

Ahora bien, se aprecia incluso que en la certificación expedida por la ARL SURA, se hace alusión al seguimiento efectuado por el evento reportado el 13 de octubre de 2015, “caminando sufrió una caída porque el piso se encontraba mojado”, señalándose los controles en los que estuvo por la sintomatología del codo izquierdo, dándosele de alta por ortopedia el 30 de diciembre de 2015 y señalándose en esta misma comunicación que las patologías valoradas por la Junta Nacional de Calificación de invalidez eran de origen

común, sin que fuera allegado al proceso el referido dictamen, por lo que no es posible establecer que la demandante contara con una afectación de salud relevante conforme al criterio de la C.S.J. S.C.L.

Sobre el particular, debe tenerse presente que la C.S.J., S.C.L. en sentencia SL-5700-2021, se indicó “(...) *las personas pueden presentar una condición de salud que no necesariamente implica para el trabajador una situación de discapacidad, y si bien efectivamente generan una incapacidad temporal y que, inclusive puede tener una garantía específica en la normatividad, no implica que lo sea bajo las normas forales de estabilidad laboral reforzada contenidas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.*”, agregándose más adelante, “*Debe señalarse que la sola consideración de aplicar el amparo a una persona con cierto nivel de discapacidad, aun cuando esta le permita su participación autónoma y plena en el campo laboral, puede considerarse, en sí misma como discriminación, al no reconocerse esa capacidad real que el trabajador posee para desempeñarse en el rol laboral.*”.

En ese orden de ideas, se concluye 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, por lo que se procederá a confirmar la decisión de primera instancia, siendo que no se acreditó una situación de salud importante que impidiera la realización de las funciones que le habían asignado y que la decisión de terminar el contrato obedeciera al empleador.

Lo anterior, teniendo en cuenta que no se dio el presupuesto factico para el despido indirecto que habría sido lo procedente; no se encontró acreditado que la demandada hubiese incumplido las recomendaciones médicas que le fueron expedidas y, respecto al traslado a la sede de Siberia, tampoco se precisaron cuáles fueron los incrementos de los gastos personales y/o dificultad para asunción de responsabilidades como madre soltera, ni se probaron los mismos, debiéndose tener en cuenta que en la cláusula cuarta del contrato de trabajo se señaló *“El empleado conoce y acepta que en ejecución de este contrato podrán ser modificadas sus funciones y responsabilidades y que su sitio de trabajo será la ciudad de BOGOTÁ; sin embargo, podrá ser trasladado a cualquiera de las oficinas de la compañía en cualquier sector de la ciudad e incluso del país, sin que este solo hecho pueda ser considerado como desmejora de sus condiciones de trabajo”*, sin que de lo mencionado se pueda colegir per se una afectación a los derechos mínimos de la trabajadora.

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. Adicionalmente, no puede perderse de vista que en este asunto la demandante contaba con la carga de probar los hechos relacionados con el incremento de gastos y dificultades como madre cabeza de familia, pues se trata de situaciones personales que solo podía probar la demandante y que no fueron demostradas.

Bajo las anteriores consideraciones se procederá a 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 Quinto Séptimo del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 22 de enero 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 OSCAR JAVIER CASTELLANOS SABOGAL CONTRA HEALTHFOOD S.A. EN LIQUIDACIÓN.

RADICADO: 11001 3105 031 2019 00809 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 21 de mayo de 2021.

I. ANTECEDENTES

El demandante formulo demanda con el objeto de que se declarara que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido durante el periodo comprendido entre el 18 de octubre de 2013 y el 17 de junio de 2019, así como, que fue despedido sin justa causa, en consecuencia, se condenara a la demandada a pagar cesantías de los años 2016, 2017, 2018 y 2019, intereses a las cesantías y prima de servicios del año 2019, indemnización por despido injusto, indemnización moratoria de que trata el articulo 65 del C.S.T., indemnización moratoria por no consignación de cesantías, pago de las cotizaciones al SGSS insolutas, a lo que resultare ultra y extra petita y al pago de costas y agencias en derecho. Subsidiariamente solicitó se dejara sin ningún efecto el despido efectuado al no haberse cumplido con lo dispuesto en el parágrafo 1° del articulo 65 del CST y por tanto se ordenara el pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir desde el despido hasta la sentencia.

Fundamento sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que trabajo para la demandada desde el 18 de octubre de 2013 hasta el 17 de junio de 2019, ocupando el cargo de panadero y devengando como ultimo salario la suma de \$1.103.901; que la demandada abrió investigación disciplinaria por presuntas faltas cometidas el 26 de octubre de 2016, 6 de marzo de 2019 y 26 de abril de 2019; que el 14 de mayo de 2019, rindió descargos; que el 7 de junio de 2019, la empresa resolvió sancionar disciplinariamente con el despido con justa causa del

demandante, efectivo a partir del 17 de junio de 2019; que la demandada inicio el proceso disciplinario como retaliación de su permanente inconformismo por el incumplimiento sistemático de las obligaciones salariales y prestacionales a su cargo.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 14 de diciembre de 2020, notificado por estado el día 15 del mismo mes y año, se tuvo por no contestada la demanda por parte de Healthfood S.A. en liquidación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

Con sentencia del 21 de mayo de 2021, el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre OSCAR JAVIER CASTELLANOS SABOGAL en calidad de trabajador y HEALTHFOOD S.A. EN LIQUIDACIÓN, en calidad de empleador, por el periodo comprendido entre el día dieciocho (18) de octubre del año dos mil trece (2013) y el diecisiete (17) de junio del año dos mil diecinueve (2019).

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada HEALTHFOOD S.A. EN LIQUIDACIÓN a reconocer y pagar al demandante OSCAR JAVIER CASTELLANOS SABOGAL:

o La suma de CUATRO MILLONES QUINIENTOS TREINTA Y SIETE MIL TREINTA Y TRES PESOS (\$4.537.33/ MCTE) por concepto de indemnización por despido sin justa causa.

o La suma de TRES MILLONES OCHOCIENTOS VEINTITRÉS MIL SETECIENTOS NOVENTA PESOS (\$3.823.790/MCTE) por concepto de cesantías.

o La suma de VEINTIOCHO MIL QUINIENTOS SEIS PESOS (\$28.506/MCTE) por concepto de intereses a las cesantías.

o La suma de NUEVE MILLONES CUATROSCIENTOS CINCUENTA Y SEIS MIL QUINIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$9.456.572/MCTE) por concepto de sanción moratoria liquidada entre el diecisiete (17) de junio del año dos mil diecinueve (2019) al cinco (5) de marzo del año dos mil veinte (2020).

TERCERO: *CONDENAR al pago de costas y agencias en derecho a la demandada HEALTHFOOD S.A. EN LIQUIDACIÓN en cuantía de cincuenta de medio salario mínimo legal mensual vigente.*

CUARTO: *CUARTO: absolver de las demás pretensiones incoadas por el demandante OSCAR JAVIER CASTELLANOS SABOGAL a la demandada HEALTHFOOD S.A. EN LIQUIDACIÓN.”*

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probada la existencia de la relación laboral conforme a la certificación laboral que fue allegada, de igual manera, se indicó que correspondía al trabajador demostrar el despido y al empleador acreditar la justa causa, lo cual se encontró demostrado con la comunicación denominada notificación decisión proceso disciplinario, pues aunque expresamente no se establece la terminación del contrato si se dispone entregar al demandante la liquidación del contrato, autorización para examen de egreso y planilla integrada de autoliquidación de aportes y además se reconoce en el interrogatorio de parte del representante legal que el actor fue despedido el 17 de octubre de 2019. Acto seguido se indicó que el empleador no cumplió con su carga de acreditar los hechos que se endilgaban al demandante ni demostró que estos hechos constituyeran una justa causa, por lo que tenía lugar la condena de la indemnización por despido injusto, respecto a las prestaciones sociales encontró no acreditado ni reconocido el pago de las cesantías de 2016 a 2019 e intereses a las cesantías del año 2019.

Finalmente, se ordenó el pago de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del C.S.T., siendo que no se encontró justificación alguna para la no cancelación de las prestaciones sociales, sin embargo, dado que la situación de la demandada cambió por haber entrado en liquidación el 5

de marzo de 2020 como se evidenciaba en el certificado de existencia y representación legal, ello interrumpía la sanción moratoria.

IV. RECURSO DE APELACIÓN Y QUEJA

El apoderado de la parte actora presentó recurso de apelación en lo que atañe a la no condena de la indemnización moratoria por no consignación de las cesantías, siendo que se acreditó dentro del proceso que la demandada no pago las cesantías del 2016 a 2018 y esa falta de pago no estuvo revestida de buena fe por lo menos hasta la fecha en que se inició la liquidación, por lo que no había lugar a absolver a la demandada de las cesantías ya que tenía los mismos presupuestos de la indemnización de que trata el artículo 65 del C.S.T.

Por su parte, el apoderado de la demandada al sustentar el recurso de alzada y demás argumentaciones, refirió que fue trasgredido el derecho de contradicción y defensa por cuanto la notificación que elaboró el juzgado llegó a un correo del que se perdió el dominio por el tema de la insolvencia y por el cual la empresa en la actualidad se encontraba en liquidación, resaltando que desde el correo al que se envió la notificación no se había remitido ninguna comunicación al despacho, que se enteraron de la demanda cuando el actor presentó la liquidación de su crédito en el proceso de liquidación, ante lo cual se envió comunicado al juzgado para el traslado, compartiéndose el link para acceder al proceso y

posteriormente se allegó contestación, la cual fue considerada extemporánea.

También destacó que la apelación estaba encaminada era a la carga probatoria de la terminación del contrato para determinar si era con justa causa o no, siendo que el demandante en el interrogatorio de parte confeso que existió el proceso, que en virtud de este se terminó el contrato y de la existencia de las sanciones y veracidad de las mismas, pues de los defectos por los que hicieron los memorandos, la misma parte daba veracidad de que fue con justa causa.

Posteriormente, ante el recurso presentado por el demandante la juzgadora de primera instancia indicó que como se estaba en presencia de una reconstrucción y no de revivir términos adicionales y la parte resolutive de la sentencia era idéntica a la que se había dictado y toda vez que en la oportunidad anterior el apoderado no presento recurso de apelación no podía concederle el mismo, por lo que solo concedió el recurso de apelación a la demandada.

Ante la anterior determinación, el apoderado de la parte actora presentó recurso de reposición y en subsidio el recurso de queja para que se resuelva lo pertinente frente a la apelación, frente a ello, se reiteró la posición del despacho y se concedió el recurso de queja.

V. CONSIDERACIONES

En forma previa a entrar a resolver el recurso de apelación, resulta necesario dar solución al recurso de queja presentado por la parte actora ante la negativa de conceder el recurso de apelación por las razones mencionadas en precedencia.

En primer lugar, debe señalarse que la queja en los términos del artículo 68 del C.P.T. y S.S., es un medio de impugnación autónomo ante la segunda instancia, para resolver sobre la viabilidad del recurso de apelación cuya concesión hubiese sido denegada en primera, sin entrar a considerar las razones que se exponen en el recurso de alzada para atacar la decisión objeto de inconformidad, que corresponden al trámite propio de ese recurso.

Significa entonces que el recurso de queja está instituido única y exclusivamente para que el superior resuelva sobre la procedencia del recurso de apelación o de casación, que hubiese sido denegado, más no sobre los planteamientos expuestos en la interposición de los recursos, que será objeto de estudio como se expusiera precedentemente en el trámite propio de la apelación si a ella hubiere lugar.

Acometiendo el estudio del recurso de queja, para determinar la procedencia de la apelación que le fue negada al recurrente, es necesario acudir a la norma procesal laboral¹ que establece de manera expresa cuáles autos son susceptibles de ese medio de impugnación:

“ARTICULO 65. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACION. (Modif. artículo 29 de la Ley 712 de 2001. Son apelables los siguientes autos proferidos en primera instancia:

- 1. El que rechace la demanda o su reforma y el que la dé por no contestada.*
- 2. El que rechace la representación de una de las partes o la intervención de terceros.*
- 3. El que decida sobre las excepciones previas.*
- 4. El que niegue el decreto o la práctica de una prueba.*
- 5. El que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida.*
- 6. El que decida sobre nulidades procesales.*
- 7. El que decida sobre medidas cautelares.*
- 8. El que decida sobre el mandamiento de pago.*
- 9. El que resuelva las excepciones en el proceso ejecutivo.*
- 10. El que resuelva sobre la liquidación del crédito en el proceso ejecutivo.*
- 11. El que resuelva la objeción a la liquidación de las costas respecto de las agencias en derecho.*
- 12. Los demás que señale la ley.*

(...)”.

Como se aprecia según el numeral 12, son susceptibles de este recurso los demás que determine la ley y toda vez que el artículo 66 ibidem¹ contempla “*Serán apelables las sentencias de primera instancia, en el efecto suspensivo (...)*”, se tiene que en principio resultaría procedente el recurso presentado, de no ser porque se evidencia que la sentencia dictada correspondía a una reconstrucción de la audiencia de fallo señalándose por el despacho que en la audiencia inicial no se presentó recurso por la parte demandante.

Al respecto conviene recordar que nuestro máximo órgano de cierre en providencia AL1951-2021, indicó que la reconstrucción del expediente tiene como objetivo principal “(...) el de garantizar la efectiva protección del derecho al acceso a la administración de justicia, en los eventos en que

¹ Artículo modificado por el artículo 10 de la Ley 1149 de 2007.

aquel se extravíe o destruya por diversas causas.”, más adelante en esta misma providencia, se señalaron los criterios a tener en cuenta en este tipo de trámites aludiendo “(...) *en el trámite que se surtió por el Despacho se aplicaron los criterios que sobre reconstrucción de expedientes prevé el precepto adjetivo atrás citado, se garantizó el debido proceso, así como los derechos de publicidad y contradicción de las partes e intervinientes, y se logró recuperar a través de copias, los trámites y diligencias que se cumplieron en el curso del proceso y que hacían parte del expediente que se extravió.*”

Precisado lo anterior, se reitera que en este caso lo que se reconstruyó fue la audiencia de fallo que se había proferido el 14 de abril de 2021, ante problemas técnicos presentados en la grabación de la misma, sobre el particular debe indicarse que al inicio de la audiencia se consultó si las partes tenían soportes de grabación de la misma y refirieron que no tan solo algunos apuntes, colocando de presente desde el comienzo de la audiencia que frente a la sentencia no se presentó recurso por el demandante solo por la demandada.

Reconstruida la decisión, se presentó recurso de apelación por el apoderado de la parte actora en lo relativo a que no se generó condena de la indemnización moratoria, sin embargo, se le recordó al apoderado que este no había interpuesto recurso alguno, aspecto que no negó, señalando que lo interponía por que las condenas no coincidían ya que por sanción moratoria sustantivas tenía una condena determinada por trece millones, reiterándose por la falladora de primera instancia que las condenas no variaron en ninguna

cifra pues contaba con los apuntes que sirvieron de sustento para la decisión y las cifras eran las mismas.

Sobre el particular debe señalarse que entre una y otra audiencia no transcurrió si quiera un mes y al revisar el valor que refiere el apoderado que se determinó como condena de las sanciones moratorias en general (\$13.000.0000), lo primero que se advierte es que tal valor no coincide con la cifra que hubiese correspondido si se hubiera efectuado condena por concepto de indemnización moratoria por no consignación de cesantías, ni si quiera teniendo en cuenta el valor de la sanción por la no consignación del último año que hubiese sido procedente (2018).

De igual forma verificada la liquidación efectuada por la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales de que trata el artículo 65 del C.S.T., se advierte que la misma se ajusta al periodo que se contempló para su procedencia y frente al que no existió reparo.

En ese orden de ideas y al no haberse presentado el recurso en su momento, hecho aceptado por el recurrente y toda vez que no coincide la condena que reprocha en un valor si quiera cercano al que hubiese correspondido si se hubiese practicado condena por concepto de indemnización moratoria por la no consignación de cesantía, se encuentra que estuvo bien denegado el recurso de apelación y por tanto se confirmara la decisión del a quo.

Respecto de la apelación de la parte demandada, se evidencia que la misma la edificó en haberse trasgredido el derecho de contradicción y defensa por cuanto la notificación que efectuó el juzgado se remitió a un correo respecto del cual ya no tenían dominio, sobre el particular conviene recordar que la parte demandada allegó poder y contestación de la demanda, la cual si bien no fue tomada en cuenta por ser extemporánea, no puede perderse de vista que el auto del 14 de diciembre de 2020, por el que se tuvo por no contestada la demanda no fue objeto de recurso alguno, ni tampoco se presentó algún incidente de nulidad en la forma que lo establecía el Decreto 806 de 2020 e incluso nada se dijo sobre el particular en la etapa de saneamiento y fijación del litigio, siendo que el artículo 135 del CGP, establece expresamente que no podrá alegar una nulidad quien omitió alegarla como excepción previa si tuvo oportunidad para hacerlo, ni quien después de ocurrida la causal haya actuado en el proceso sin proponerla, por lo que esta consideración en la apelación de la sentencia resulta extemporánea e improcedente.

Ahora bien, en lo relacionado con que de lo expuesto por el demandante en el interrogatorio de parte podría verificarse la existencia de la justa causa así como de los memorandos allegados, resulta pertinente recordar 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 empleador ha tomado la decisión de terminar el contrato imputable al empleador y la causal en la que lo encuadra, 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 terminación del contrato, para que con posterioridad no puedan aducirse motivos diferentes.

En ese orden de ideas y dado que no reposa la carta de terminación del contrato, documento necesario para acreditar la justa causa y toda vez que la documental que se allegó al proceso por la parte actora denominada “notificación decisión proceso disciplinario” se allegó en forma incompleta, se tiene que no es posible establecer con certeza cuales eran los motivos que se adujeron para terminar el contrato y aunque el demandante en el interrogatorio de parte, señaló que esto atendió a unas pruebas de microbiología que le resultaron mal y que le abrieron proceso disciplinario por ello y por otras conductas anteriores, tal relato resulta muy general y abstracto para los fines perseguidos y la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre ha sido claro en establecer cuál es el medio de prueba válido para acreditar la justa causa, que no es otro que la carta de terminación, pues considerar otros permitiría tener en cuenta aspectos que no se tuvieron en cuenta en su momento, razón por la cual 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 Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 10 de mayo de 2021, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

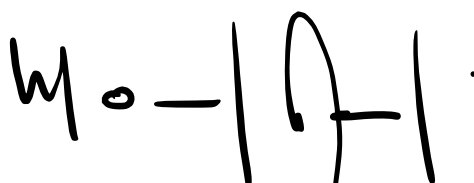
SEGUNDO: SIN COSTAS, en esta instancia.

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 LUIS GUEVARA GAITÁN CONTRA TEMPORALES FU S.A.S. Y HUMANOS ASESORIA EN SERVICIOS OCASIONALES S.A. VINCULADA VIGIA PLUS SERVICES S.A.S.

RADICADO: 11001 3105 015 2016 00211 01

Bogotá D. C., Treinta (30) de junio 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 la parte actora y de la demandada Asesoría en Servicios Ocasionales S.A. contra la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., el 25 de enero de 2021.

En esta instancia, el apoderado de la demandada Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., allegó alegatos en los que indicó que en la decisión se consideró la desvinculación de la empresa Vigía Plus Services SAS, ignorando que esta era la beneficiaria del servicio y fue quien indujo en error a su representada, pues fue la que contrató en una actitud culposa, negligente y de mala fe, con una empresa pirata, no obstante, la responsabilidad recayó en su representada, máxime que sería quien tendría que asumir la absoluta responsabilidad por haber sido quien ordenó la finalización de la obra, siendo que muchos de los hechos planteados, estaban relacionados con la continuidad de la labor que el demandante desplegó en la sede de Vigía Plus Servicios S.A, solicitando que se revocara la decisión y se exonerara a su representada de la totalidad de las condenas.

I. ANTECEDENTES

El demandante formuló demanda con el objeto de que se declarara que entre el demandante y las empresas Temporales FU SAS y Humanos en asesoría en Servicios Ocasionales S.A., existió una relación laboral mediante un contrato escrito por periodo a término definido de un año, a partir del 21 de agosto de 2014, hasta el 31 de octubre de 2014, fecha en que fue despedido injustificadamente, así como que entre las empresas aludidas existió una cesión del contrato por lo que eran solidarias en las obligaciones surgidas, en consecuencia, se condenara a las demandadas a pagarle los siguientes conceptos: indemnización por despido injusto, indemnización

de que trata el artículo 65 del C.S.T, trabajo en tiempo suplementario, salarios y prestaciones sociales, aportes al SGSS en salud y pensiones, subsidio de transporte, a la indexación de las sumas, a lo que resultara probado ultra y extra petita y a las costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones, en síntesis y para lo que interesa al proceso, en que mediante contrato escrito por un año con la empresa Temporales FU SAS (21 de agosto de 2014), se contrataron sus servicios para desempeñarse como auxiliar logístico y que los servicios prestados se desarrollaban en las instalaciones de la empresa Vigía Plus Services S.A. Service S.A.; que el 23 de octubre de 2014, los representantes de la empresa Temporales FU SAS, le informaron que había sido transferido el contrato a la empresa Humanos S.A., por lo que procedieron a pagar parcialmente algunos salarios y prestaciones de todos los empleados incluido los de él; que la nueva empresa procedió a efectuar las afiliaciones al SGSS y seguir como patrono; que siguió laborando hasta el 31 de octubre de 2014, que no se le pagó el último mes laborado, ni la liquidación final de prestaciones sociales; que cuando solicitó el pago, sólo se le presentó liquidación del 16 al 31 de octubre de 2014 y se le informó que no se le pagaría lo adeudado pues se haría un descuento a nombre de la empresa Vigía Plus Services S.A. Service S.A.

II. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos,

negando otros y señalando que no le constaban otros tantos. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que entre la empresa Temporales FU SAS y Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., hubiese existido una cesión, transferencia o sustitución del contrato de trabajo, resaltando que su representada celebró un contrato autónomo e independiente y no podía responder por situaciones acaecidas con anterioridad a la celebración de dicho contrato, que en su caso el contrato fue por duración de la obra o labor contratada entre el 1°/10/2014 - 20/10/2014, frente al que se reconocieron oportunamente todas las acreencias laborales y que el mismo finalizó de manera legal por duración de la obra o labor contratada.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: inexistencia de sustitución patronal, cesión o transferencia del contrato del trabajador, inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido y pretensión de enriquecimiento sin causa por parte del demandante, inexistencia de sanción moratoria, ausencia de causa para demandar cada una de las pretensiones respecto de su representada, falta de legitimación en la causa por pasiva.

Mediante auto del 23 de noviembre de 2018, notificado por estado del 26 de noviembre del mismo mes y año, se tuvo por no contestada la demanda presentada por el Curador Ad Litem de Temporales FU SAS, al haberse presentado el escrito en forma extemporánea, igualmente, se aceptó el litisconsorcio necesario propuesto por la empresa Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A. respecto de la empresa

Vigía Plus Services S.A. Services S.A.S., por lo que se dispuso vincular a la misma y se ordenó su notificación.

Vigía Plus Services S.A. Services SAS, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptando algunos hechos, negando otros y señalando que no le constaban otros. El fundamento fáctico y legal de su oposición radicó en que las situaciones expuestas debían ser demostradas por la parte actora lo que también debía acreditarse frente a la solidaridad reclamada, señalando en los fundamentos de derecho y razones de defensa frente al despido y descuentos sin autorización, en los que se señaló que ocurrió un incidente con el demandante en el que con un montacargas golpeó un paral y una viga de estantería y se llamó a descargos pero para ese momento ya había abandonado el cargo, procediéndose a terminar el contrato y realizar el descuento por el daño causado conforme a lo expuesto en la sentencia No. 39980 de 2013.

Propuso las excepciones de mérito que denominó: inexistencia de vínculo jurídico, laboral o contractual entre el demandante y la empresa Vigía Plus Services S.A. Services SAS, inexistencia de solidaridad entre los demás demandados y la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A.S., prescripción e inexistencia del derecho y de la obligación.

III. DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

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

“PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante señor JOSÉ LUIS GUEVARA GAITÁN, identificado con cédula de ciudadanía número 1070970632 y TEMPORALES FU SAS, existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada por el período comprendido entre el 21 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el demandante señor JOSÉ LUIS GUEVARA GAITÁN, identificado con cédula de ciudadanía número 1070 970632 y HUMANOS ASESORÍA EN SERVICIOS OCACIONALES S.A. existió un contrato de trabajo por obra o labor contratada por el período comprendido entre el 1° de octubre de 2014 al 20 de octubre de 2014, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a la demandada TEMPORALES FU SAS a pagar a favor del demandante por el período comprendido entre el 21 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014, las siguientes sumas y conceptos:

- A) salarios y auxilios de transporte la suma de \$894.400.
- B) Cesantías la suma de \$74.533
- C) intereses a las cesantías la suma de \$8.944.
- D) prima de servicios la suma de \$74.533.
- E) vacaciones \$33.366

CUARTO: CONDENAR a la demandada TEMPORALES FU SAS, a efectuar los aportes a la seguridad social en pensiones del señor demandante ante el fondo Porvenir por el período comprendido entre el 21 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014, teniendo como base de cotización (01) smlmv para la época.

QUINTO: CONDENAR a la demandada HUMANOS ASESORÍA EN SERVICIOS OCACIONALES SA, a pagar a favor del demandante por el período comprendido entre el 1° de octubre de 2014 al 20 de octubre de 2014 las siguientes sumas y conceptos:

- A) Salarios adeudados la suma de \$363.840.
- B) Prestaciones sociales y vacaciones adeudadas al momento de la terminación la suma de \$152.250.
- C) concepto de indemnización por despido Injusto prevista en el artículo 64 cst la suma de \$3.285.333.

SEXTO: ORDENAR que todas las sumas que ya se refirieron tanto respecto a TEMPORALES FU SAS como HUMANOS ASESORÍA EN SERVICIOS OCACIONALES S.A., se paguen debidamente indexadas desde la fecha de terminación de cada uno de los vínculos, es decir, 30 de septiembre de 2014 y 20 de octubre de 2014 respectivamente y hasta su momento efectivo de pago debidamente indexadas, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SÉPTIMO: ABSOLVER a la demandada HUMANOS ASESORÍA EN SERVICIOS OCACIONALES SA de las demás pretensiones incoadas en su contra, específicamente de la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del cst, intereses de mora, aportes a la seguridad social entre otras y en estos términos declarar frente a estas pretensiones probadas las excepciones de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

OCTAVO: ABSOLVER a la demandada VIGÍA PLUS SERVICES S.A. SERVICES S.A. de las pretensiones incoadas en su contra y respecto a estas declarar probada las excepciones de mérito denominadas de inexistencia del vínculo jurídico laboral como inexistencia de solidaridad frente a las demás demandadas inexistencia del derecho de la obligación conforme en lo expuesto en la parte motiva.

NOVENO: CONDENAR en costas a la parte demandada temporales fusa y humanos asesoría en servicios ocasionales S.A. y a favor del demandante. para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a medio smlmv para el año 2021.

DÉCIMO: CONDENAR en costas al señor demandante y a favor de VIGÍA PLUS SERVICES S.A. USUARIA SERVICES S.A. para el efecto se fijan como agencias en derecho a su cargo lo correspondiente a medio smlmv para el año 2021.”

Como fundamento de la anterior decisión, en síntesis, el juzgado encontró probado que entre las empresas Temporales Fu SAS y Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., no existió sustitución patronal y se trató de dos relaciones laborales distintas, de manera que aunque se solicitó una sola relación laboral atendiendo a los principios ultra y extra petita procedió a analizar cada una de las relaciones laborales, determinando que ambas relaciones se cimentaron en contratos de trabajo por obra o labor, así: con Temporales FU SAS entre el 21 de agosto de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 y con Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., entre el 1 de octubre de 2014 y el 20 de octubre de 2014.

Precisado lo anterior y en lo que interesa al proceso, se señaló que a folio 80 obraba la liquidación final de prestaciones sociales efectuada por Humanos S.A., en donde se evidenciaba un descuento por valor de \$652.094, sin que obrara autorización expresa del descuento del demandante, pues esta no podía acreditarse del acta de paz y salvo por tratarse de una letra diferente, por lo que se ordenó el pago de las sumas de la liquidación (salarios y prestaciones).

Frente a la indemnización por despido injusto señaló que la misma resultaba procedente por cuanto Humanos S.A. desde la contestación de la demanda aludió que se le puso fin

cuando terminó la labor contratada y los mismo se señaló en el interrogatorio de parte, sin embargo, como no estaba probada la terminación de la obra o labor en la oferta mercantil, dado que en dicho documento se señaló que la duración era de 6 meses prorrogable por otros 6 meses, se tiene que la obra era de por lo menos 6 meses, por lo que la indemnización se determinó en el plazo que quedaba pendiente por conciliar de la obra.

Respecto a la indemnización moratoria, señaló que como la misma no era automática debía valorarse la buena fe, señalando que independientemente de que no había razón para retener salarios y prestaciones, si podían evidenciarse razones para para que se considerara que no había lugar al pago de liquidación, por lo que se absolvió de esta pretensión.

Finalmente, frente a la solidaridad indicó que no se cumplían los presupuestos del artículo 34 del C.S.T, siendo que se trataba de objetos extraños a la actividad que cumplía Vigía Plus Services S.A. Services S.A.

IV. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de la parte actora sustentó su apelación y demás argumentaciones en que la totalidad de la sentencia estaba errada en muchos aspectos, principalmente en haberse hecho una mala lectura del contrato de obra o labor por el periodo del 1° de octubre de 2014 al 20 de octubre de 2014, pues la cláusula 3 del contrato establecía que la duración estaba determinada por la obra o labor a partir de la

fecha de ingreso y que no debía exceder de un año, por lo tanto, estaba contratado a un año.

Adicionalmente, indicó que también se equivocaba al señalar que esa labor determinada para Humanos S.A. era de 6 meses, por no haberse acreditado cuando terminó el contrato comercial, siendo que los representantes legales de la EST y de Vigía Plus Services S.A., señalaron que ese contrato terminó hasta el año 2019, por lo que se tendría que ampliar la indemnización e inclusive las prestaciones hasta dicha data, en aplicación de lo ultra y extra petita o como mínimo de 1 año. En lo relacionado con la indemnización moratoria señaló que resultaba absurdo considerar buena fe de Humanos S.A., dado que se había determinado que no podía retener los dineros y respecto a la solidaridad, indicó que estaba probado que eran solidarias por ser una empresa pirata, evidenciándose la mala fe de Vigía Plus Services S.A. y por tanto debía ser solidaria de todas las obligaciones.

Por su parte, el apoderado de la demandada Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A., solicitó la revocatoria de las condenas en tanto que respecto a la falsedad del documento debía tenerse en cuenta que la interpretación de la anotación que aparece en letras “contenido ideológico” resultaba inocuo a lo que realmente quería manifestar el trabajador respecto a la aceptación del descuento a la finalización del contrato, debiéndose tener en cuenta que los descuentos no se efectuaron de forma arbitraria, pues tanto los descuentos como los pagos se efectuaron por orden de la empresa usuaria y por tanto era esta quien debía asumir las

consecuencias, pues atendiendo a la naturaleza de las EST se tiene que la potestad disciplinaria se delega por disposición de la ley .

Igualmente, señaló que lo preocupaba que se hubiesen extendido los efectos de un contrato comercial a un contrato de orden laboral, dado que el contrato comercial que se suscribió entre la EST y Vigía Plus Services S.A. era general y el término de la obra o labor era dado por la empresa usuaria, vulnerando con ello el principio que la C.S.J. había denominado consonancia-congruencia, dado que con ello se variaron las estipulaciones del contrato laboral. Finalmente, respecto de la solidaridad adujo que era un fallo injusto, pues quien tenía que asumir era la empresa legalmente constituida y toda vez que fue la que actuó mal, pues dio la orden de descuento de los pagos, siendo que su representada actuó conforme a una EST, de buena fe y por tanto debía ser exonerada de todas las condenas.

V. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo consagrado en el artículo 66 A del Código Procesal de Trabajo y de la Seguridad Social, la Sala estudiará si resultaba procedente declarar respecto del contrato sostenido con Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales que él mismo fue suscrito a un año y no por obra o labor cómo se determinó en la sentencia, de igual manera, si el descuento realizado era ilegal o no, si resultaba procedente la indemnización moratoria reclamada y si era viable determinar la solidaridad frente a la empresa usuaria.

En primer lugar, debe señalarse que no existe controversia en los siguientes puntos: i) que el demandante sostuvo dos relaciones laborales con dos empresas distintas, la primera con la empresa Temporales FU SAS, por el periodo comprendido entre el 21 de agosto de 2014 al 30 de septiembre de 2014 y la segunda con la empresa Humanos Asesoría en servicios ocasionales S.A., por el periodo comprendido entre el 1° de octubre de 2014 y el 20 de octubre de 2014 y ii) que el demandante en ambas relaciones laborales devengó un salario correspondiente a \$616.000, es decir, el equivalente a 1 SMMLV para el año 2014.

Precisado lo anterior y toda vez que el primer reparo gira entorno a considerar que hubo una mala lectura del contrato suscrito con la empresa Humanos en Servicios Ocasionales S.A., siendo que éste contemplaba una duración mínima de 1 año, de manera que estaba contratado a un año.

Sobre el particular, lo primero que debe señalarse es que la cláusula tercera del “*contrato de trabajo con trabajador en misión*” suscrito entre la empresa Humanos Asesoría en Servicios Ocasionales S.A. y el señor José Luis Guevara Gaitán, el 1° de octubre de 2014 (fl. 79 y ss), establece frente a la duración del contrato lo siguiente:

“TERCERA. - La duración del presente contrato está determinada por la duración de la obra o labor contratada, a partir de la fecha de ingreso y se suscribe para: a) Realizar labor ocasional, accidental o transitoria en la empresa usuaria. b) Reemplazar personal en vacaciones, uso de licencia, incapacidad por enfermedad o maternidad. c) Atender incrementos en la producción, al transporte o a las ventas de productos o mercancías, los periodos estacionales o de cosechas y en la prestación de servicios. En este evento la duración no podrá exceder de un (1) año.”

De lo estipulado en el contrato se tendría que el contrato estaría pactado por duración de la obra o labor, dado que se circunscribe a realizar alguna de las situaciones transitorias contempladas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990 y 6 del Decreto 4369 de 2006, por lo que no podría considerarse pactado a un año.

Sin embargo, no puede pasarse por alto que no se acreditó cuál era la situación temporal expresa para la que fue contratado el demandante como auxiliar operativo, pues la generalidad y abstracción con la que se estipuló la cláusula de duración del contrato no se acompasa con lo exigido en la norma para la existencia de un contrato por obra o labor, en la medida que el artículo 45 del CST, establece que tratándose de los contratos de trabajo por obra o labor, se exige una formalidad correspondiente a que la obra o labor sea determinada, ello quiere decir, que tenga unas características bien definidas que permitan establecer cuándo se entiende finalizada la obra o labor, de ahí las dificultades de establecer el valor de la indemnización por despido injusto, siendo que ello no puede predicarse al señalar 3 variables distintas dentro de las que a su turno podrían presentarse situaciones diferentes, pues desfigura la naturaleza de este contrato, por lo que se tendría que colegir entonces que en este caso el contrato suscrito era a término indefinido, por lo que se procederá a modificar la decisión en este sentido.

Bajo el anterior entendimiento y dado que el representante legal de la empresa Humanos en Servicios Ocasionales S.A., aludió en el interrogatorio de parte absuelto que el contrato

terminó por finalización de la obra o labor, al no estar dicha situación contemplada dentro de las justas causas de terminación para esta modalidad de vinculación, se tiene que la indemnización por despido correspondería a la de un contrato a término indefinido, la cual conforme a las reglas del artículo 64 del C.S.T., correspondería a 30 días de salario en la medida en que el actor no contaba con un tiempo de servicios mayor a un año, de manera que le correspondería la suma de \$616.000, por lo que deberá modificarse la decisión en este sentido.

En lo que respecta al descuento realizado por valor de \$652.094 de la liquidación de prestaciones sociales del actor, debe indicarse que verificado el documento “Acta de paz y Salvo” visto a folio 86, se aprecia que de lo señalado en la misma no se desprende la existencia de una autorización expedida por el trabajador, pues de una parte la nota que se establece en la parte final del documento, se registra con posterioridad a la firma del trabajador, por lo que no estaría dentro de los conceptos reconocidos por éste y en todo caso la misma no constituye una autorización expresa pues lo que señala es que se va a validar el tema del daño de estantería.

Adicionalmente y aunque también al lado de la nota se registró la expresión “valor a descontar \$621.500”, no puede pasarse por alto que dicho registro se realizó con letra diferente y con un trazo más suave, lo que conduce a concluir que fue efectuada con posterioridad y por persona diferente, de manera que no se contaba con autorización para realizar el descuento, debiéndose recordar en este punto que dada la

condición de empleador que tienen las EST, se tiene que aunque los trabajadores en misión presten servicios en las empresas usuarias conservan su poder subordinante frente a los mismos y son independientes en la toma de decisiones frente a estos, por lo que resulta desacertado mencionar que los descuentos se efectuaron por orden de la empresa usuaria, pues aunque esta lo hubiese podido sugerir, quien determina las condiciones y toma de decisiones es el empleador.

Ahora bien, conviene recordar que tratándose de descuentos efectuados al momento de la terminación del contrato y el trabajador presenta deudas con su empleador, no se requiere autorización de descuento, pues las normas que lo prohíben rigen durante la vigencia del contrato, dado que a la finalización de la relación laboral desaparece la subordinación y el respaldo crediticio que ofrecen los salarios y prestaciones devengadas por el trabajador, frente al tema entre otras pueden consultarse las sentencias SL712-2013 y SL16794-2015.

No obstante, no puede perderse de vista que en el caso bajo análisis el descuento no procedió propiamente por una deuda sino por un daño efectuado por el demandante en una estantería, el que al parecer ocurrió sin intención del trabajador, aspecto del que dio cuenta el propio representante legal de la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A. (empresa usuaria), en su interrogatorio de parte, situaciones que suelen ocurrir con normalidad y obedecen a riesgos inherentes a la actividad que se despliega o a fallas en las herramientas usadas, en ese orden y dado que el artículo 28

del C.S.T. establece que el trabajador nunca debe participar de las pérdidas o de los riesgos de la empresa, se tiene que el descuento realizado resultaba ilegal, por lo que eran procedentes las condenas relacionadas con el pago de los salarios y prestaciones sociales contempladas en los documentos obrantes a folios 14, 15 y 80 del plenario.

En lo que tiene que ver con la indemnización moratoria reclamada, debe tenerse en cuenta que el apoderado del actor refiere que no operó la buena fe en las actuaciones de la demandada, frente al tema debe recordarse que es un criterio pacífico que para la procedencia de las indemnizaciones moratorias el juzgador debe analizar el comportamiento del empleador a fin de establecer si existió buena o mala fe, ya que solo ante este último resulta procedente.

En esa medida, considerando que no existió una autorización expresa del demandante para efectuar el descuento que le fue realizado por la demandada y pese a que dicho descuento se contempló como ilegal, no se evidencia que haya existido una mala fe del empleador al haber realizado el descuento, pues se advierte que actuó bajo la convicción que el daño generado podía ser resarcido y dado que la situación enunciada podría encasillarse bajo el entendimiento de “deuda” acorde con el criterio expuesto por la C.S.J., considera esta sala que se actuó bajo la firme convicción de poder realizarse el mismo, por lo que se confirmara la decisión de negar la indemnización moratoria por no pago de salarios y prestaciones sociales.

En lo que respecta a la solidaridad entre la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A. y Humanos Asesorías en Servicios Ocasionales S.A., derivada del hecho de ser dicha empresa quien dio la orden de efectuar el descuento, se tiene que aunque se trate de una EST, al tener la condición de empleador del demandante, aspecto que no fue objeto de controversia pues nada señaló respecto a la declaratoria de la relación laboral con el actor, era quien debía desplegar el poder subordinante frente al mismo y adoptar las medidas que estimara pertinentes ante la situación desplegada por su trabajador, advirtiéndose que bien pudo la empresa usuaria considerar que era procedente la realización del descuento ante el daño sufrido por un trabajador de la EST y pudo trasladar tal opinión a la EST, la decisión recaía en quien tenía la condición de empleador, siendo por ello que en la nota del acta de paz y salvo en la proforma de la empresa vigía plus, se registró *“pendiente validar el tema del daño de estanteria bodega 3A”*, de manera que ello no es suficiente para establecer una responsabilidad solidaria en cabeza de la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A., por lo que se procederá a conformar la absolución respecto de la referida empresa.

En cuanto a la solidaridad que se depreca respecto a Temporales FU S.A.S, por tratarse de una empresa “pirata”, conviene recordar que solo se puede contratar personal temporal con EST autorizadas por el Ministerio del Trabajo, siendo que este servicio solo podía ser prestado por las empresas mencionadas en el artículo 2.2.6.5.10 del Decreto 1072 de 2015:

“ARTÍCULO 2.2.6.5.10. PROHIBICIONES. *No podrán ejercer la actividad propia de las Empresas de Servicios Temporales, aquellas que tengan objeto social diverso al previsto en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990; las que no estén debidamente autorizadas por el Ministerio del Trabajo para el desempeño de esa labor, tales como las dedicadas al suministro de alimentación, realización de labores de aseo, servicio de vigilancia y mantenimiento; tampoco la podrán realizar las Cooperativas y Precooperativas de Trabajo Asociado, las Empresas Asociativas de Trabajo y los Fondos Mutuales o similares.*

Revisado el objeto social de la empresa Temporales FU S.AS., se advierte que el objeto social contemplado en el certificado de existencia y representación legal coincide con lo señalado en el artículo 71 de la Ley 50 de 1990, no obstante, no se cuenta con la autorización del Ministerio del Trabajo, pues aunque ello puede intuirse de las respuestas evasivas suministradas por el representante legal de Vigía Plus Services S.A. Services S.A., en el interrogatorio de parte absuelto, lo cierto es que a folio 154 del expediente obra certificación del Ministerio del Trabajo, en la que se indica que la empresa Temporales FU S.A.S., no se encontraba registrada como EST en la jurisdicción de Cundinamarca.

De lo anterior se colige que la Empresa Temporales FU SAS, no cumplía con los requisitos determinados en la ley para que la empresa Vigía Plus Services S.A. pudiera contratar con esta bajo la modalidad de EST, cuya consecuencia inmediata se traduce en determinar la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa usuaria y considerar que la empresa Temporales FU, actuó como un simple intermediario, de suerte que al no haber manifestado su calidad debe responder solidariamente en los términos del artículo 35 del CST, conforme se indicó por la C.S.J., S.C.L., en sentencia 71281 de 2019, siendo que aunque no se allegó

la oferta comercial o contrato suscrito entre Vigía Plus Services S.A. Services S.A. y Temporales FU SAS, el representante legal de la primera en su interrogatorio de parte, no desconoció que existiera una contratación con la referida empresa y que el actor no hubiera prestado sus servicios a su representada a través de la misma.

En ese orden de ideas, se procederá a modificar la decisión bajo el entendido de establecer que en la relación laboral declarada respecto de Temporales FU SAS, quien fungió como verdadero empleador fue la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A. y que de la misma es solidariamente responsable de todas y cada una de las declaraciones y condenas la empresa Temporales FU SAS.

Costas en esta instancia 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: MODIFICAR el numeral 1° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2021, en el entendido que el verdadero empleador de la relación laboral que se declaró corresponde a Vigía Plus Services S.A. Services S.A., en la que la empresa Temporales FU S.A., fungió como simple intermediario y por tanto es responsable solidaria de todas y

cada una de las condenas impuestas, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral 2° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2021, en el entendido que el contrato que existió entre las partes allí mencionadas, lo fue a término indefinido, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

TERCERO: MODIFICAR el numeral 3° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2021, en el entendido que la condena se recae respecto de la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A. como verdadero empleador, siendo solidariamente responsable de la misma la empresa Temporales FU SAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

CUARTO: MODIFICAR el numeral 4° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2021, en el entendido que la condena recae respecto de la empresa Vigía Plus Services S.A. Services S.A., como verdadero empleador siendo solidariamente responsable de la misma la empresa Temporales FU SAS, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

QUINTO: MODIFICAR el literal c del numeral 5° de la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá D.C., de fecha 25 de enero de 2021, en el entendido

que el valor de la condena asciende a \$616.000, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva.

SEXTO: COSTAS, en esta instancia a cargo de las demandadas. 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

ACLARO VOTO

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